

POSTANOWIENIE
z dnia 2 kwietnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 2 kwietnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 marca 2014 r. przez Odwołującego **Polski Związek Pracodawców Budownictwa**, ul. Żurawia 32/34, 00-515 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad**, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie, ul. Legionów 20, 35-959 Rzeszów

przy udziale

Bilfinger Infrastructure S.A., ul. Domaniewska 50A, 02-672 Warszawa, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

SALINI POLSKA Sp. z o.o., ul. Marszałkowska 72, 00-545 Warszawa, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

Mota-Engil Central Europe S.A., ul. Wadowicka 8W, 30-415 Kraków, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego **Polski Związek Pracodawców Budownictwa**, ul. Żurawia 32/34, 00-515 Warszawa i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr. (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego

Polski Związek Pracodawców Budownictwa, ul. Żurawia 32/34, 00-515 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od Odwołującego Polski Związek Pracodawców Budownictwa, ul. Żurawia 32/34, 00-515 Warszawa na rzecz Zamawiającego Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie, ul. Legionów 20, 35-959 Rzeszów, kwotę 3.600 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Rzeszowie.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie na *kontynuację budowy autostrady A4 na odcinku Rzeszów (węzeł wschodni) – Jarosław (węzeł Wierzbna) od km 581+263,44 do km 622+463,44 wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną, budowlami i urządzeniami budowlanymi* (nr postępowania GDDKiA O/Rz-R2-4451/D/1/2014), wobec czynności Zamawiającego polegającej na zmianie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie zmiany nr 8 w związku ze zmianą nr 12 z dnia 12 marca 2014 r., Polski Związek Pracodawców Budownictwa wniósł w dniu 21 marca 2014 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 562/14).

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 21.03.2014 r. faksem. Zamawiający kopię odwołania zamieścił na stronie internetowej WWW.gddkia.gov.pl w dniu 21.03.2014 r.

W odwołaniu postawione zostały zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

- 1) art. 58, art. 353¹ KC w zw. z art. 14, art. 139 ustawy Pzp przez:
 - a) ukształtowanie postanowień SIWZ z naruszeniem zasad współzycia społecznego, to jest z przekroczeniem granicy swobody kontraktowania w zakresie decydowania przez Zamawiającego o treści postanowień SIWZ i narzucenie wykonawcom konieczności złożenia oferty w warunkach nadmiernych obciążeń finansowych i ryzyk po stronie wykonawcy, związanych z koniecznością akceptacji nieograniczonej wysokości odszkodowania z dużym prawdopodobieństwem wystąpienia szkody po stronie Zamawiającego w postaci utraty środków finansowych pochodzących z funduszu unijnego na realizację niniejszego projektu oraz utraty innych pierwotnie zakładanych korzyści;
 - b) ustalenie zasad odpowiedzialności z naruszeniem zasad współzycia społecznego poprzez zastrzeżenie kar wymienionych w subklauzuli 8.7 warunków szczególnych kontraktu pkt a-k oraz zastrzeżenie możliwości żądania przez Zamawiającego odszkodowania uzupełniającego w sposób nadmiernie represyjny, biorąc pod uwagę przewidziane w tej subklauzuli podstawy naliczenia kar umownych, realne ryzyko wystąpienia szkody w postaci utraty środków z funduszu unijnego i utraty innych zakładanych korzyści, w powiązaniu z narzuconymi wykonawcy obowiązkami umownymi oraz terminami realizacji inwestycji;

- 2) art. 29 ustawy Pzp przez modyfikację SIWZ polegającą na zmianie ostatniego akapitu subklauzuli 2.5 z jednoczesnym brakiem modyfikacji subklauzuli 8.7 zdanie ostatnie i w konsekwencji spowodowanie, że warunki realizacji zamówienia odnośnie ryzyka odpowiedzialności odszkodowawczej wykonawcy za szkodę Zamawiającego w postaci utraty środków z funduszu unijnego i utraty innych zakładanych korzyści są niejednoznaczne i przez to SIWZ nie zawiera wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty;
- 3) w konsekwencji także,
 - a) naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy przez sformułowanie SIWZ w sposób uniemożliwiający dokonanie wyboru wykonawcy zgodnie z przepisami ustawy Pzp;
 - b) naruszenie art. 7 ust. 1 przez przygotowanie postępowania o zamówienie publiczne w sposób uniemożliwiający uzyskanie porównywalnych ofert z uwagi na obciążenie wykonawców niemożliwym do oszacowania ryzykiem finansowym;
 - c) naruszenie art. 15 oraz 93 ust. 1 a poprzez przygotowanie postępowania w sytuacji braku zapewnienia przez Zamawiającego finansowania robót budowlanych do wykonania przez wykonawcę wobec zakładanego przez Zamawiającego ryzyka utraty dotacji unijnej przeznaczonej na finansowanie projektu i niewskazania innego źródła finansowania w tym zakresie;
 - d) działanie na szkodę interesu publicznego poprzez przygotowanie postępowania w sposób uniemożliwiający osiągnięcie jego celu, tj. uzyskanie świadczenia dobrej jakości za cenę będącą ekwiwalentem wykonania przedmiotu zamówienia, poprzez konieczność uwzględnienia przez wykonawców w cenie oferty ryzyka normalnie niewystępującego przy realizacji zamówienia publicznego, tj. utraty źródła finansowania przez Zamawiającego (tj. naruszenie art. 7, 15, 93 ust. 1a).

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wprowadzenie zmian do SIWZ:

- a) zmiany subklauzuli 8.7 [kary umowne] warunków szczególnych kontraktu poprzez wykreślenie ostatniego zdania o treści *„Zamawiający zastrzega sobie prawo do żądania odszkodowania uzupełniającego przenoszącego wysokość kar umownych do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody i utraconych korzyści”*, alternatywnie w przypadku uznania, iż brak jest podstaw do usunięcia tego zdania w całości,
- b) zmiany subklauzuli 8.7 [kary umowne] poprzez zastąpienie ostatniego zdania zdaniem o treści *„Zamawiający zastrzega sobie prawo do żądania odszkodowania uzupełniającego przenoszącego wysokość kar umownych do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody, z wyłączeniem możliwości dochodzenia od*

wykonawcy odszkodowania związanego z utratą dofinansowania projektu ze środków unijnych”

względnie o: unieważnienie postępowania z uwagi na niemożność zawarcia w wyniku postępowania niepodlegającej unieważnieniu umowy o zamówienie publiczne.

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone zostało w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich 2014/S 035-056599 z 19.02.2014 r.

Szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia przekracza kwoty określonej w rozporządzeniu wykonawczym dla robót budowlanych, stanowiącej o obowiązku prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w pełnej procedurze „unijnej”.

W dniu 24 marca 2014 r. do postępowania odwoławczego przystąpili po stronie Odwołującego wykonawcy: Bilfinger Infrastructure S.A. z siedzibą w Warszawie, Salini Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Mota-Engil Central Europe S.A. z siedzibą w Krakowie.

Na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, Izba stwierdziła, iż zachodzi podstawa do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp., gdyż Odwołujący powołał się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się.

Na podstawie oryginału dokumentacji postępowania złożonej w postępowaniu odwoławczym wszczętym odwołaniem z dnia 28.02.2014 r., oznaczonym sygnaturą akt KIO 398/14, w tym treści odwołania odwołującego Polski Związek Pracodawców Budownictwa oraz protokołu postępowania odwoławczego z dnia 13 i 19 marca 2014 r. Izba ustaliła, iż tożsamości okoliczności w obu sprawach odwoławczych dotyczyła podstawy kwestionowania treści subklauzul 2.5 oraz 8.7 po modyfikacji treści siwz z dnia 12 marca 2014 r. Pomimo różnicy w sposobie formułowania zarzutów, w obu odwołaniach Odwołujący się Polski Związek Pracodawców Budownictwa, zmierzał do wykazania wadliwości postanowień subklauzul 2.5 w związku z 8.7, a wynikających z nadmiernego obciążenia wykonawców ryzykiem utraty wpływu z systemu poboru opłaty, czy dofinansowania ze środków unijnych, przy braku odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie w realizacji inwestycji. W odwołaniu z dnia 28.02.2014 r. w związku z zarzutami Odwołujący wnosił między innymi o wykreślenie ostatniego akapitu kl. 2.5 warunków szczególnych umowy (dowód: str. 2, lit. c odwołania) oraz wykreślenie z kl. 8.7 warunków szczególnych umowy zdania: „Zamawiający zastrzega sobie prawo do żądania odszkodowania uzupełniającego przenoszącego wysokość kar

umownych do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody i utraconych korzyści” (dowód: str. 2 lit h odwołania). Tak sformułowane żądanie Odwołujący uzasadniał nieuzasadnionym przerzuceniem na wykonawców odpowiedzialności i ryzyka nieukończenia zamówienia w terminie i utraty dofinansowania ze środków unijnych w sytuacji braku wpływu na stan opóźnienia wynikający z zejścia dotychczasowego wykonawcy robót z placu budowy (dowód str. 7 i 8 odwołania).

Zamawiający przed terminem rozprawy wyznaczonej na dzień 13 kwietnia 2014 r., dokonał modyfikacji części kwestionowanych postanowień SIWZ, między innymi wykreślając z ostatniego akapitu kl. 2.5, że „Zamawiający może wskazać Wykonawcy szacunkowe koszty z tytułu utraty wpływów z systemu poboru opłat, dofinansowania ze środków unijnych lub wszelkie inne koszty poniesione przez Zamawiającego”. Zamawiający modyfikując postanowienia kl. 8.7 pozostawił zastrzeżenie „prawa do żądania odszkodowania uzupełniającego przenoszącego wysokość Kar umownych do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody i utraconych korzyści”.

W obecnym odwołaniu Odwołujący dąży nadal do wykreślenia z kl. 8.7 zdania: „Zamawiający zastrzega sobie prawo do żądania odszkodowania uzupełniającego przenoszącego wysokość kar umownych do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody i utraconych korzyści”. W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący ponownie wskazuje na nadmierne obciążenie wykonawcy ryzykiem i odpowiedzialnością za nieterminowe wykonanie prac oraz utratą dofinansowania, a także powołuje się na stan realizacji inwestycji, której zakończenie objęte jest przedmiotowym postępowaniem. Podsumowując, Odwołujący wskazuje, iż zmiana w subklauzuli 2.5 w obliczu niedokonania zmiany w subklauzuli 8.7 poprzez usunięcie możliwości dochodzenia odszkodowania uzupełniającego i utraconych korzyści, nie odnosi skutku odnośnie ustalonych pierwotnie reguł odpowiedzialności i ryzyka, jakie miałby ponieść wykonawca zamówienia w związku z ryzykiem utraty dotacji unijnej.

Analiza treści rozpoznawanego obecnie odwołania prowadzi do wniosku, iż Odwołujący powołując się na tożsame okoliczności jak przy odwołaniu z dnia 28.02.2014 r., dotyczące sposobu rozkładu ciężaru odpowiedzialności wykonawcy za wykonanie zamówienia w terminie, dąży do wykreślenia z subklauzuli 8.7 zastrzeżenia prawa Zamawiającego dochodzenia odszkodowania uzupełniającego, utrzymanego w brzmieniu niezmienionym po modyfikacji z dnia 12.03.2014 r.

Ponieważ w chwili rozstrzygania odwołania z dnia 21 marca 2014 r., nie była znana treść uzasadnienia orzeczenia Izby z dnia 24 marca 2014 r. (sygn. KIO 398/14), ustalenia co do okoliczności stanowiących podstawę rozstrzygnięcia skład orzekający, w obecnym składzie, dokonał w oparciu o treść protokołu z rozprawy prowadzonej w dniu 19 marca 2014 r. Z protokołu ustalono, iż zarówno Odwołujący jak i przystępujący Salini odnosili się do okoliczności wykreślenia postanowień z klauzuli 2.5 w kontekście utrzymanego prawa do

dochodzenia odszkodowania (klauzula 8.7). Powyższe wskazuje, iż okoliczności, na których obecnie Odwołujący opiera odwołanie były przedmiotem rozpoznania przed Izbą w sprawie odwołania o sygn. akt KIO 398/14. Żadnych nowych okoliczności w treści rozpoznawanego odwołania Odwołujący nie podnosi, ewentualnie wskazuje na nowe zarzuty (naruszenia art. 15, art. 93 ust. 1a ustawy), odnosząc je również do zakładanego przez Zamawiającego ryzyka utraty dotacji unijnej przeznaczonej na finansowanie projektu i niewskazania innego źródła finansowania w tym zakresie.

Izba w obecnym składzie stoi na stanowisku, iż wniesienie odwołania wobec zmienionej treści specyfikacji nie mogło odnieść skutku z uwagi na zbieżność okoliczności będących przedmiotem wcześniejszego rozstrzygnięcia przez Izbę, która zobowiązana była do uwzględnienia stanu rzeczy ustalonego w postępowaniu odwoławczym wywołanym odwołaniem z dnia 28.02.2014 r., a więc uwzględniając zakres dokonanej w dniu 12.03.2014 r. modyfikacji (art. 191 ust. 2 ustawy Pzp).

Powyższe prowadziło do konieczności odrzucenia odwołania w oparciu o treść art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień Publicznych. Do kosztów postępowania odwoławczego zaliczono wpis oraz wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego, stwierdzone rachunkiem złożonym przed zamknięciem posiedzenia Izby. Na podstawie § 5 ust. 3 i 4 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 3544), mającego zastosowanie do przedmiotowego odwołania, jako wniesionego po wejściu w życie rozporządzenia i dotyczącego postępowania wszczętego po 29 stycznia 2010r. (zgodnie z § 7 rozporządzenia), Izba obciążyła kosztami postępowania Odwołującego się.

Przewodniczący:

.....