

Sygn. akt: KIO 2463/12

POSTANOWIENIE
z dnia 22 listopada 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w Warszawie w dniu 22 listopada 2012 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 listopada 2012 r. przez **wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” Spółkę Akcyjną z siedzibą w Łodzi, ul. Bratysławska 52** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Łódź-Zarząd Dróg i Transportu z siedzibą w Łodzi, ul. Piotrkowska 175**

przy udziale wykonawcy **Bilfinger Berger Budownictwo Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Domaniewska 50A** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2463/12 po stronie odwołującego

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawcy Przedsiębiorstwa Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” Spółkę Akcyjną z siedzibą w Łodzi, ul. Bratysławska 52** kwoty **18 000 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Łodzi**.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 2463/12

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na rozbudowę i modernizację trasy tramwaju relacji Wschód-Zachód (Retkinia-Olechów) wraz z systemem zasilania oraz systemem obszarowego sterowania ruchem-zaprojektuj i wybuduj zostało wszczęte przez zamawiającego Miasto Łódź-Zarząd Dróg i Transportu z siedzibą w Łodzi, ul. Piotrkowska 175 ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej opublikowanym także w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 31 października 2012r. za numerem 2012/S 210-345447.

W tym samym dniu zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej www.zdit.uml.lodz.pl specyfikację istotnych warunków zamówienia (siwz).

W dniu 9 listopada 2012r. wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” Spółkę Akcyjną z siedzibą w Łodzi, ul. Bratysławska 52 – zwane dalej odwołującym Mosty-Łódź wniósł odwołanie na treść siwz.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w pozytywnym rozpoznaniu niniejszego odwołania, ponieważ jako podmiot posiadający odpowiednią wiedzę i doświadczenie oraz w pełni zdolny do realizacji zamówienia, poprzez niezgodnie z przepisami prawa ukształtowanie przez zamawiającego treści siwz w zakresie Szczególnych Warunków Kontraktu, został pozbawiony możliwości złożenia racjonalnej i poprawnej oferty, a w konsekwencji potencjalnie również zawarcia umowy z zamawiającym, co skutkuje możliwością poniesienia przez niego szkody. Wadliwe sformułowanie Szczególnych Warunków Kontraktu powoduje rażącą nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego i narusza zasady uczciwej konkurencji. Podpisanie umowy z zamawiającym w jej obecnym brzmieniu naraża odwołującego na szkodę w skutek zawarcia w niej zapisów dyskryminujących wykonawcę oraz utrudniających lub wręcz uniemożliwiających ocenę ryzyka związanego z realizacją przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu ukształtowanie w siwz Warunków Szczególnych Kontraktu w sposób sprzeczny z właściwością stosunku obligacyjnego oraz powodujący nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego

Umowa w sprawie zamówienia publicznego zgodnie z wolą zamawiającego ma być wykonana z zastosowaniem „Warunków Kontraktu na urządzenia i budowę z projektowaniem dla urządzeń elektrycznych i mechanicznych oraz robót budowlanych inżynierskich projektowanych przez Wykonawcę” opublikowanych przez Fédération Internationale des Ingénieurs - Conseils (FIDIC). Wydanie angielsko - polskie 2000 r. (Tłumaczenie pierwszego wydania FIDIC 1999). Wydawca: Cosmopoli Consultants Biuro

Inżynierskie Marek Rdutowski - na podstawie umowy ze Stowarzyszeniem Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców (SIDIR).

Odwołujący Mosty-Łódź wskazał, że odwołaniem jest objęta czynność zamawiającego polegająca na niezgodnym z obowiązującym prawem i naruszającym art. 5 Kodeksu Cywilnego ukształtowaniem następujących Warunków Szczególnych Kontraktu:

1 Subklauzula 2.4 Organizacją finansowania przez zamawiającego w zakresie zapisu 2.4.2

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie powyższymi zapisami - art. 647 Kodeksu cywilnego oraz art. 359 Kodeksu cywilnego.

2. Subklauzula 4.4 Podwykonawcy w zakresie zapisu 4.4.5 Odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie powyższymi zapisami - art. 3531 Kodeksu cywilnego.

3. Subklauzula 5.5 Szkolenie w zakresie zapisu „Wykonawca, w ramach (...) instrukcjami zamawiającego.”

Odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie powyższymi zapisami art. 29 ust. 1 i 2 u. Prawo zamówień publicznych

4. Subklauzula 8.7 Odszkodowanie umowne za opóźnienie w zakresie zapisu 8.7.1; 8.7.2; 8.7.5 Odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie powyższymi zapisami art. 3531 Kodeksu cywilnego w związku z art. 484§2 kodeksu cywilnego.

5. Subklauzula 10.5 Użytkowanie czasowe w zakresie zapisu „zamawiający ma prawo (..) mocy subklauzuli 20.1 [Roszczenia Wykonawcy]”.

Odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie powyższymi zapisami art. 58 u. Kodeks cywilny oraz art. 487 § 2 u. Kodeks cywilny.

6. Subklauzula 15.6 Uprawnienia zamawiającego do zmniejszenia zakresu rzeczowego Kontraktu w zakresie zapisu „zamawiający może dokonać zmian (...) których zamawiający zrezygnował”.

Odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie powyższymi zapisami art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 353(1) Kodeksu cywilnego.

Wniósł o:

- 1) uwzględnienie w całości niniejszego odwołania,
- 2) nakazanie zamawiającemu wykreślenia z siwz kwestionowanych zapisów lub dokonania ich zmiany tak aby były zgodne z obowiązującymi przepisami prawa

W uzasadnieniu podał, że stosownie do zapisu zawartego w Tomie II siwz - „Akt Umowy i Warunki Kontraktu” - Umowa w sprawie zamówienia publicznego zgodnie z wola zamawiającego ma być wykonana z zastosowaniem „Warunków Kontraktu na urządzenia i budowę z projektowaniem dla urządzeń elektrycznych i mechanicznych oraz robót budowlanych inżynierskich projektowanych przez Wykonawcę” opublikowanych przez Federation Internationale des Ingénieurs - Conseils (FIDIC). Wydanie angielsko - polskie 2000 r. (Tłumaczenie pierwszego wydania FIDIC 1999). Wydawca: Cosmopoli Consultants

Biuro Inżynierskie Marek Rdłutowski - na podstawie umowy ze Stowarzyszeniem Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców (SIDIR).

Jednocześnie zamawiający dokonał stosownej zmiany części Ogólnych Warunków Kontraktowych pochodzących z w/w publikacji zastępując je lub modyfikując za pomocą Warunków Szczególnych Kontraktu.

Ad 1. Subklauzula 2.4 Organizacja finansowania przez zamawiającego 2.4.2

Odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie art. 647 Kodeksu cywilnego, poprzez uzależnienie wypłacenia należnego mu wynagrodzenia od okoliczności, które nie powinny mieć na to wpływu. Zgodnie z art. 647 kc. „Przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia”.

Jak wynika z powyższego zapłata wynagrodzenia jest obowiązkiem zamawiającego wynikającym z umowy wzajemnej, a jakiegokolwiek opóźnienie lub wstrzymanie takiej płatności powinno i musi zgodnie z obowiązującym prawem wiązać się z koniecznością zapłacenia wykonawcy stosownych odsetek za opóźnienie (zgodnie z art. 359 Kc). Wskazał, iż zgodnie z Subklauzulą 8.7 zamawiający nałożył na wykonawcę stosowne kary umowne za naruszenia umowy, które są i powinny być wystarczającą sankcją za naruszenia Kontraktu. Dodatkowe karanie wykonawcy opóźnieniem w płatności i pozbawieniem przysługujących z tego tytułu odsetek jest całkowicie bezpodstawne.

Ad 2. Subklauzula 4.4 Podwykonawcy Zarzut dotyczący zapisu:4.4.5

Powyższy zapis, w ocenie odwołującego, narusza zapisy art. 353(1) Kodeksu cywilnego czyli zasadę swobody umów. Zgodnie z powyższym przepisem strony mają prawo ułożyć stosunek prawny według swojego uznania. Jednym z istotnych postanowień umownych są terminy i sposoby płatności. Zamawiający nie ma prawa ingerować w tym zakresie w umowę pomiędzy wykonawcą, a jego podwykonawcami. Nakładanie na wykonawcę obowiązku zapłaty podwykonawcom przed uzyskaniem wynagrodzenia od zamawiającego jest całkowicie bezpodstawne i narusza interesy wykonawcy. Jednocześnie w sposób nieuprawniony obliguje wykonawcę do kredytowania swoich podwykonawców. Należy pamiętać, iż rodzaj zamówienia objętego niniejszym postępowaniem zawiera szereg prac typowo specjalistycznych, których wykonanie wymaga udziału podwykonawców. Wysoki wartościowy udział tych prac w całości kontraktu może powodować, iż wykonawca zmuszony do dokonywania podwykonawcom płatności przed uzyskaniem stosownych środków od zamawiającego utraci płynność finansową.

Ad. 3 Subklauzula 5.5 Szkolenie Zarzut dotyczący zapisu „Wykonawca, w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej (...) instrukcjami zamawiającego.”

Przytoczony zapis, w ocenie odwołującego, narusza przepis art. 29 ust. 1 i 2 u. Prawo zamówień publicznych, poprzez nieprawidłowe i niejednoznaczne opisanie przedmiotu zamówienia. Zamawiający formułując opis przedmiotu zamówienia w powyższy sposób nie dostarcza wykonawcom wystarczających i jednoznacznych danych umożliwiających dokonanie prawidłowej wyceny prac. Zamawiający nie określa, nawet w przybliżony sposób ilości niezbędnych szkoleń, ilości osób, które należy przeszkolić, ani w przypadku szkoleń cyklicznych prowadzonych w związku z aktualizacją działania i obsługi systemów, instalacji i obiektów budowlanych nie wyznacza granicznych ram czasowych. Zgodnie z zapisami zamawiającego wykonawca może domniemywać, iż będzie zobowiązany prowadzić tego rodzaju szkolenia w nieograniczonym niczym czasie. W związku z powyższym nie jest możliwe dokonanie rzetelnej oceny powyższego zakresu zamówienia, ani oceny związanego z tym ryzyka.

Ad 4 Subklauzula 8.7 Odszkodowanie umowne za opóźnienie zarzut dotyczący zapisu 8.7.1; 8.7.2; 8.7.5

Powyższe zapisy, zdaniem odwołującego, naruszają art. 3531 Kodeksu cywilnego w związku z art. 484§2 kodeksu cywilnego. Zapisy dotyczące kar umownych naruszają zasadę równowagi stron stosunku cywilnoprawnego. W pierwszej kolejności odwołujący zwrócił uwagę na rażącą dysproporcję w wymiarze i rodzaju kar umownych nałożonych na wykonawcę i zamawiającego. W wymienionych zapisach zamawiający przyznaje sobie prawo do naliczania szeregu dotkliwych i wysokich kar umownych, przy jednoczesnym braku zastrzeżenia na rzecz wykonawcy jakichkolwiek kar umownych. Dodatkowo zamawiający zaniechał w sposób całkowicie bezpodstawny przyznania wykonawcy prawa do żądania odszkodowania uzupełniającego przenoszącego wartość kar umownych do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody i utraconych korzyści, jednocześnie takie prawo pozostawiając sobie. Należy również podkreślić, że zamawiający w sposób naruszający zasady współzycia społecznego wprowadził zasadę karania wykonawcy więcej niż jedną karą za to samo przewinienie. I tak kary określone w pkt a i d oraz g i h statuuja odpowiedzialność wykonawcy dokładnie za te same wydarzenia.

W związku z powyższym należy jednoznacznie stwierdzić, że powyższe ukształtowanie kar umownych sprzeciwia się zasadom współzycia społecznego.

Ad 5 Subklauzula 10.5 Użytkowanie czasowe zarzut dotyczący zapisu „zamawiający ma prawo (...) mocy subklauzuli 20.1 [Roszczenia Wykonawcy].”

Przytoczony zapis, według odwołującego, narusza art. 58 u. Kodeks cywilny, ponieważ uzasadnia dokonanie przez zamawiającego czynności w pełni sprzecznej z przepisami oraz zasadami współzycia społecznego. Zamawiający w sposób całkowicie bezzasadny i godzący

w interesie wykonawcy daje sobie prawo do przejęcia faktycznego obiektu, przy jednocześnie odmowie usankcjonowania działania poprzez sporządzenie dokumentów potwierdzających tą okoliczność. Tym samym zamawiający przerzuca ciężar odpowiedzialności za wykonany obiekt na wykonawcę, jednocześnie pozbawiając go fizycznie prawa do władania tym obiektem. Wskazał, że w przedmiotowym przypadku mamy do czynienia z umową o zamówienie publiczne. Jest to zatem umowa wzajemna. Umowa jest wzajemna, gdy obie strony zobowiązują się w taki sposób, że świadczenie jednej z nich ma być odpowiednikiem świadczenia drugiej (art. 487 § 2 kodeksu cywilnego). Do umowy tej mają zastosowanie przepisy kodeksu cywilnego, w tym co oczywiste art. 647. W myśl tego zatem przepisu, wykonawca zobowiązał się m.in. do oddania inwestorowi obiektu powstałego w wyniku wykonania ustalonego zakresu robót, a zamawiający, będący w tym przypadku jednocześnie inwestorem, m.in. do odebrania zbudowanego obiektu. Obowiązkom każdej ze stron, co do zasady odpowiadają określone prawa drugiej strony. Powołał wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie w wyroku z dnia 13 kwietnia 2011 r. sygn. akt. VI ACa 1200/10. Przytoczył również zapisy Subklauzuli 10.1, z której w jego ocenie jednoznacznie wynika, że zamawiający zobowiązany jest wystawić Świadczenie Przejęcia przed objęciem prac do użytkowania. Jakiegokolwiek inne zapisy sprzeciwiają się naturze stosunku prawnego jakim jest umowa wzajemna i w sposób całkowicie bezpodstawny godzą w interesy Wykonawcy.

Ad. 6 Subklauzula 15.6 Uprawnienia zamawiającego do zmniejszenia zakresu rzeczowego Kontraktu zarzut dotyczący zapisu „zamawiający może dokonać zmian (...) których zamawiający zrezygnował.”

Niniejszy zapis stanowi ewidentne, zdaniem odwołującego, naruszenie przepisów art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 3531 Kodeksu cywilnego oraz zaprzecza istocie wynagrodzenia ryczałtowego przyjętego w niniejszym postępowaniu. Należy podkreślić, że zamawiający nie ma prawa dokonywać zmian umowy w stosunku do treści oferty, a zakres świadczenia wykonawcy powinien być z nią w pełni zgodny. Wyjątki od powyższej reguły są ściśle określone przepisami i tak art. 144 dopuszcza taką zmianę wyłącznie w przypadku kiedy była ona przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub siwz i kiedy zamawiający określił warunki takiej zmiany. We wskazanym warunku szczególnym zamawiający nie wskazał żadnych warunków zmiany, które mogłyby dać wykonawcy jakąkolwiek szansę na oszacowanie związanego z ewentualną korektą zakresu prac ryzyka. Dodatkowo podkreślić należy, iż zamawiający przyjął w powyższym postępowaniu ryczałtową formę wynagrodzenia, która co do zasady przewiduje jego niezmiennosc w toku prac. W związku z powyższym jakiegokolwiek korekta zakresu prac nie powinna mieć wpływu na cenę kontraktową. Jeżeli zamawiający liczył się z możliwością ograniczenia zakresu prac powinien przewidzieć obmiarową formę wynagrodzenia. Ukształtowanie powyższego warunku w sposób ewidentnie krzywdzący dla wykonawcy należy uznać za sprzeczne z zasadami

współzycia społecznego. Wskazał, że wykonawca ponosi w związku z realizacją kontraktu pewne koszty ogólne, które wiążą się m.in. zatrudnieniem pracowników, podwykonawców, dostawców, organizacją zaplecza, sprowadzeniem i zakupem niezbędnego sprzętu i szeregiem innych czynności, pociągających za sobą konkretny wysiłek finansowy. Wykonawca jest w stanie oszacować i ponieść powyższe koszty tylko w przypadku kiedy znany jest mu rozmiar i zakres prac i kiedy jest on niezmienny. W przypadku kiedy możliwa jest dowolna i nieograniczona niczym zmiana zakresu prac przez zamawiającego, wykonawca nie jest w stanie złożyć ważnej oferty, ponieważ ryzyko związane z koniecznością poniesienia stałych kosztów jest zbyt wysokie.

Ogólnie podkreślić należy, że mimo iż zamawiający ma wynikające z art. 36 ust. 1 pkt 16 u. Prawo zamówień publicznych prawo do kształtowania warunków umownych, to nie ma prawa do kształtowania ich w sposób całkowicie dowolny. Jest w powyższym uprawnieniu ograniczony zarówno obowiązującymi przepisami jak i wolą drugiej strony umowy, czyli wykonawcy, który może mieć wpływ na jej treść m. in. poprzez zadawanie pytań do siwz czy wnoszenie środków ochrony prawnej. Wskazał na treści klauzuli generalnej art. 5 kc i stwierdził, że sformułowane przez zamawiającego, a przedstawione powyżej Warunki Szczegółowe Kontraktu naruszają w sposób całkowicie bezpodstawny przepisy u. Pzp. oraz Kodeksu cywilnego, a w konsekwencji powinny zostać skorygowane.

Odwołanie zostało podpisane przez dwóch członków zarządu odwołującego ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu faksem w dniu 8 listopada 2012r.

W dniu 9 listopada 2012r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania, przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. zamawiający zamieścił także informację o wniesieniu odwołania wraz z jego kopią na swojej stronie internetowej.

W dniu 12 listopada 2012r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił swój udział wykonawca Bilfinger Berger Budownictwo Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Domaniewska 50A, zwany dalej przystępującym Bilfinger lub odwołującym Bilfinger. Wskazał, że ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego, gdyż z uwagi na ukształtowanie siwz w sposób sprzeczny z przepisami powszechnie obowiązującego prawa wątpliwa stała się możliwość złożenia przez przystępującego Bilfinger oferty poprawnej i prawidłowo skalkulowanej, a uwzględnienie odwołania pozwoli przystępującemu ubiegać się o przedmiotowe zamówienie. Poparł zarzuty odwołania i wniósł o jego uwzględnienie. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika, działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 8 listopada 2012r. udzielonego przez dwóch członków zarządu przystępującego ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji,

zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu faksem w dniu 12 listopada 2012r.

W dniu 21 listopada 2012r. odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania. Oświadczenie to zostało podpisane przez członka zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki określone w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Przepis art. 187 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, iż odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze, przy czym, jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90 % wpisu.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze ustawy, na posiedzeniu umorzyła postępowanie odwoławcze.

Zgodnie z art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy, orzeczono o zwrocie Odwołującemu 90% kwoty uiszczonego wpisu.

Przewodniczący: