

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 10 kwietnia 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Packo**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 10 kwietnia 2020 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 marca 2020 r. przez wykonawcę

**Larkbud Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi**

w postępowaniu prowadzonym przez

**Miasto Łódź – Zarząd Inwestycji Miejskich z siedzibą w Łodzi**

**postanawia:**

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze,**
- 2. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Larkbud Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością kwoty 20 000,00 złotych (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej uiszczony wpis.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019, poz. 1843 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 Łodzi.

**Przewodniczący: .....**

## **U z a s a d n i e n i e**

Zamawiający: Miasto Łódź – Zarząd Inwestycji Miejskich prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „przebudowę dróg na terenie Polesia – II części” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019, poz. 1843 z późn. zm.). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 6 marca 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 047-109917. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący – Larkbud Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu, polegających na niejasnym, niejednoznacznym i nienadającym się do wycenienia opisie przedmiotu zamówienia oraz ustaleniu niezgodnych z prawem lub nadmiernie faworyzujących stronę zamawiającą postanowień wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 29 ust. 1 i 2 w związku z art. 31 ust. 1 i 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego, art. 471 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 i art. 139 §1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez nieprawidłowe (tj. niejednoznaczne i niewyczerpujące) określenie treści przedmiotu zamówienia w sekcji II ogłoszenia o zamówieniu, punktu 3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia w związku z § 1 ust. 3 punkt r), § 15 ust. 2 i § 8 ust. 17 wzoru umowy w ten sposób, że zobowiązuje on oferentów do uwzględnienia w ich ofertach niemożliwych do wyceny na etapie postępowania i nieprzewidywalnych również na etapie realizacji inwestycji kosztów związanych z ewentualną koniecznością (na skutek polecenia Zamawiającego wydanego na podstawie § 15 ust. 2 umowy) wykonania w nieznanym zakresie i rozmiarze projektów rozwiązań zamiennych w stosunku do STWIORB i dokumentacji projektowej,

2. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a to przez zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w sposób umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji i wypełnienie obowiązków inwestora związanych z przygotowaniem robót, w szczególności wobec zaniechania jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia,

3. art. 7 ust. 1 w związku z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych i art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do zawarcia we wzorze umowy wszystkich jej istotnych postanowień, których dodatkowo treść lub cel nie

sprzeciwia się właściwości (naturze) stosunku, obowiązującym przepisom ani zasadom współżycia społecznego, a co za tym idzie jest uprawniony do sformułowania wzoru umowy z wadą polegającą na braku informacji, jaka dokumentacja zostanie przekazana wykonawcy przez Zamawiającego i kiedy, a także braku informacji, jaka jest hierarchia ważności dokumentów składających się na dokumentację projektową, w przypadku wystąpienia wewnętrznych sprzeczności w tej dokumentacji,

4. art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego w związku z art. 484 § 1 Kodeksu cywilnego, art. 5 Kodeksu cywilnego w związku z art. 7 ust. 1, art. 14 oraz art. 139 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wykorzystanie pozycji dominującej Zamawiającego i uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego wobec wykonawcy polegające na przyznaniu tylko Zamawiającemu prawa do dochodzenia odszkodowania uzupełniającego przewyższającego wysokość zastrzeżonych kar umownych na zasadach ogólnych kodeksu cywilnego (§ 11 ust. 4 wzoru umowy),

5. art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego, art. 5 Kodeksu cywilnego w związku z art. 7 ust. 1, art. 14 oraz art. 139 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wykorzystanie pozycji dominującej Zamawiającego i uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego wobec wykonawcy polegające na przyjęciu, że za przedłużenie terminu realizacji zamówienia wykonawcy nie przysługuje dodatkowe wynagrodzenie (§15 ust. 5 wzoru umowy) i dotyczy to wszystkich przypadków, także i tych, w których to zamawiający ponosi odpowiedzialność za przedłużenie terminu realizacji zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i:

1. modyfikację treści ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami w tym modyfikację wzoru umowy poprzez:

a) wykreślenie ze wzoru umowy postanowienia § 15 ust. 2,

b) usunięcie z § 8 ust. 17 wzoru umowy zapisu dotyczącego projektów, to jest słów „projektów oraz”, względnie doprecyzowanie, że chodzi o „projekty tymczasowej organizacji ruchu”,

c) doprecyzowanie postanowienia § 5 ust. 1 wzoru umowy poprzez wskazanie, kiedy zamawiający przekaże wykonawcy dokumentację projektową, a to przez uzupełnienie pierwszego zdania ww. zapisu o następującą treść wpisaną kursywą: „Zamawiający przekaże Wykonawcy protokolarnie teren budowy wraz z kompletem całej dokumentacji projektowej i posiadanymi decyzjami administracyjnymi lub ich równoważnikami warunkującymi możliwość wykonania przedmiotu umowy, w terminie 10 dni od dnia zawarcia umowy.”,

d) uzupełnienie postanowień § 4 ust. 2 wzoru umowy poprzez określenie hierarchii ważności dokumentów składających się na dokumentację projektową, w przypadku wystąpienia wewnętrznych sprzeczności w tej dokumentacji,

e) zmianę postanowienia § 11 ust. 4 wzoru umowy poprzez nadanie mu następującej treści: „każda ze stron jest uprawniona do dochodzenia odszkodowania uzupełniającego przewyższającego wysokość zastrzeżonych kar umownych na zasadach ogólnych kodeksu cywilnego”,

f) zmianę postanowienia § 15 ust. 5 wzoru umowy poprzez nadanie mu następującej treści: „za przedłużenie terminu realizacji zamówienia Wykonawcy nie przysługuje dodatkowe wynagrodzenie, chyba, że do przedłużenia doszło z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający”,

2. zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego od Zamawiającego na rzecz Odwoływającego.

Zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego kopię odwołania zamieścił on na stronie internetowej 17 marca 2020 r.

Do dnia wydania postanowienia nie zgłoszono przystąpień do postępowania odwoławczego.

7 kwietnia 2020 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Jednocześnie Zamawiający poinformował, że 1 kwietnia 2020 r. zamieścił na swojej stronie internetowej zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Izba uznała, że Zamawiający uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu przed otwarciem posiedzenia, a jako że nie zgłoszono przystąpień po stronie Zamawiającego, stwierdziła, iż zachodzą przesłanki umożliwiające umorzenie postępowania odwoławczego i, zgodnie z przepisem art. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, orzekła jak w sentencji. Jednocześnie Izba stwierdziła, że dokonana przez Zamawiającego 1 kwietnia 2020 r. zmiana specyfikacji istotnych warunków zamówienia, o której poinformował on w piśmie z 7 kwietnia 2020 r., jest odrębną czynnością Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 186 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 5 ust. 1 pkt 1 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

**Przewodniczący:** .....