

POSTANOWIENIE

z dnia 15 kwietnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 15 kwietnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 marca 2020 r. przez wykonawcę **Larkbud Sp. z o.o., ul. Piotrkowska 173 lok. 500, 90-447 Łódź** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Łódź – Zarząd Inwestycji Miejskich, ul. Piotrkowska 175, 90-447 Łódź**

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze,
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Larkbud Sp. z o.o., ul. Piotrkowska 173 lok. 500, 90-447 Łódź** kwoty **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

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

Uzasadnienie

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Przebudowę ulicy Mierzejowej na odcinku od ul. Pabianickiej do ul. Konnej wraz z przebudową ul. Poziomej od ul. Konnej do ul. Albańskiej w Łodzi” przez Miasto Łódź – Zarząd Inwestycji Miejskich ul. Piotrkowska 175, 90-447 Łódź (dalej „zamawiający”) wykonawca Larkbud Sp. z o.o., ul. Piotrkowska 173 lok. 500, 90-447 Łódź (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec:

1. niejasnego, niejednoznacznego i nienadającego się do wyceny opisu przedmiotu zamówienia,
2. ustalenia niezgodnych z prawem lub nadmiernie faworyzujących stronę zamawiającą postanowień wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 29 ust. 1 i 2 w związku z art. 31 ust. 1 i 2 w związku z art. 7 ust.1 oraz art. 353¹ kc, art. 471 kc w związku z art. 14 i art. 139 § 1 ustawy Pzp, poprzez nieprawidłowe określenie treści przedmiotu zamówienia w sekcji II Ogłoszenia o zamówieniu, pkt 3 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) 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 co spowodowało 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 opisanie przedmiotu zamówienia,
2. art. 7 ust. 1 w związku z art. 36 ust. 1 pkt 16 i art. 353¹ kc w związku z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, 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, albowiem hierarchia przedstawiona we wzorze umowy nie zawiera w sobie samej dokumentacji projektowej, której treść często bywa sprzeczna z innymi dokumentami,

3. art. 353¹ kc w związku z art. 484 § 1 kc, art. 5 kc w związku z art. 7 ust. 1, art. 14 oraz art. 139 ustawy Pzp, 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),
4. art. 353¹ kc, art. 5 kc w związku z art. 7 ust. 1, art. 14 oraz art. 139 ustawy Pzp, 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 modyfikację treści Ogłoszenia i SIWZ wraz z załącznikami w tym modyfikację wzoru umowy, poprzez:

1. wykreślenie ze wzoru umowy postanowienia § 15 ust. 2,
2. usunięcie z § 8 ust. 17 wzoru umowy zapisu dotyczącego projektów, to jest słów „projektów oraz”, względnie doprecyzowanie, że chodzi o „projekty tymczasowej organizacji ruchu”,
3. 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: „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.”,
4. 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, obecny bowiem zapis zawiera hierarchię dokumentów z pominięciem jednak samej dokumentacji projektowej,
5. 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”,
6. 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”.

Odwołujący wniósł nadto o zasądzenie od zamawiającego na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Pismem z dnia 14 kwietnia 2020 r. zamawiający oświadczył, że uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu oraz wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca.

Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, postanowiła postępowanie odwoławcze umorzyć.

Stosownie do wskazanego przepisu ustawy Pzp Izba może – w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca – umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania.

Mając powyższe na uwadze, działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp i art. 186 ust. 2 w zw. z art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła okoliczność, iż koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 2) lit. b ustawy Pzp, orzekając jednocześnie o konieczności zwrotu odwołującemu kwoty wpisu uiszczonego przez odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący: