

POSTANOWIENIE

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Aneta Młacka

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 25 kwietnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 kwietnia 2024r. przez Wykonawcę Strabag sp. z o.o. (ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Miasto Łomża (Pl. Stary Rynek 14, 18-400 Łomża)

postanawia:

- 1.umorzyc postępowanie odwoławcze,
- 2.nakazać zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Wykonawcy Strabag sp. z o.o. (ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków) kwoty 20000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 1259/24

Uzasadnienie

Zamawiający Miasto Łomża prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Budowa bulwarów nad Narwią w Łomży - na odcinku most przy ul. Zjazd - istniejące bulwary”.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 198015-2024.

15 kwietnia 2024 roku Odwołujący Strabag sp. z o.o. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 436 pkt 1) ustawy Pzp i art. 433 pkt. 3) ustawy Pzp, względnie art. 353¹ kc, art. 58 kc i art. 387 § 1 kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 16 ustawy Pzp **poprzez:**

1.1. wskazanie w treści ogłoszenia, SWZ (rozdz. VII pkt 1) jak i wzoru umowy (§ 7 ust 2) terminu realizacji zamówienia w dacie dziennej wyznaczonej ostatecznie na dzień 30.10.2026 r podczas gdy wskazanie wykonania zamówienia w konkretnej dacie narusza przepisy ustawy Pzp, w zakresie w jakim nakazują one określanie terminu w latach, miesiącach, tygodniach, dniach. Ponadto określenie terminu realizacji konkretną datą nie ma obiektywnych, uzasadnionych przyczyn i Zamawiający zaniechał podania takiego uzasadnienia w dokumentacji Postępowania.

1.2. wskazanie terminu końcowego realizacji zamówienia określonego datą dzienną, limituje czas realizacji umowy i z zależności od samego czasu trwania procedury przetargowej może doprowadzić do pozostawienia wykonawcy czasu niewystarczającego, niemożliwego do dochowania z punktu widzenia prawidłowego i zgodnego ze sztuką budowlaną wykonania wszystkich robót, dochowania procedur administracyjnych, które leżą po stronie Wykonawcy, dokonania czynności odbiorowych, przekazania obiektu w użytkowanie itd.

2. art. 433 pkt. 4) ustawy Pzp poprzez niezgodne z prawem zastrzeżenie w § 9 ust 1 pkt 5) wzoru umowy możliwości ograniczenia zakresu rzeczowego przedmiotu umowy bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. Zamawiający w przesłankach zmiany umowy wprowadził możliwość zmiany wynagrodzenia z powodu zmniejszenia zakresu zamówienia, co oznacza że najpierw Zamawiający może arbitralnie zmniejszyć zakres zamówienia a następnie w drodze aneksu żądać zmiany wynagrodzenia. Zamawiający narusza ww. przepis ustawy bowiem nie wskazuje, o jaką maksymalnie wartość może ograniczyć tzn. zmniejszyć zakres przedmiotu zamówienia.

3. art. 99 ust. 1 Pzp, art. 433 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 16 pkt 1,2,3, art. 8 ust 1 ustawy Pzp, art. 353¹ kc w zw. z art. 647 i art. 649 kc **poprzez nieuzasadnione i bezpodstawne przerwienie na wykonawcę w § 9 ust 1 pkt 1 wzoru umowy odpowiedzialności i ryzyka finansowego realizacji przedmiotu umowy w przedłużonym czasie, z przyczyn niezależnych po stronie wykonawcy a zwinionych przez Zamawiającego lub zależnych od działania organów administracji publicznej. Zamawiający przewiduje bowiem możliwość zmiany wyłącznie terminu bez możliwości zmiany wynagrodzenia, w przypadku gdy dojdzie do opóźnień wynikających z działań lub zaniechań Zamawiającego lub w innych przypadkach, jakie nie mają pokrycia w § 9 ust 1 pkt 3 umowy np. opóźnień w wydaniu decyzji czy zgód ze strony organów administracyjnych, podczas gdy takie ryzyko stanowi wyłącznie ryzyko Zamawiającego, a jego przerwienie na wykonawcę jest zakazane klauzulą abuzywną art. 433 pkt 3 ustawy Pzp.**

4. art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ KC i art. 5 kc w zw. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 16 pkt 2 i 3 ustawy Pzp poprzez: poprzez sformułowanie § 9 ust 4 wzoru umowy w sposób uniemożliwiający dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia w przypadku, gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego, której przedmiotem są roboty budowlane została zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy i zawiera mechanizmy sposobu liczenia waloryzacji niezrozumiałe, niezasadne i pozorne z uwagi na ich sposób jak i przyjęte podstawy ich liczenia.

5. art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 353¹ kc, art. 568 § 1 kc, art. 638 kc i art. 656 § 1 kc poprzez ustalenie w § 16 ust. 1 wzoru umowy, że bieg terminu gwarancji i rękojmi rozpoczyna się w dniu następnym, licząc od daty odbioru końcowego, gdy wad nie stwierdzono lub od daty usunięcia wad stwierdzonych przy odbiorze końcowym, podczas gdy zgodnie z § 14 ust 9 umowy Zamawiający jest zobowiązany do dokonania odbioru końcowego, w przypadku, gdy występują jedynie wady i usterki nieistotne. Z chwilą dokonania odbioru końcowego Zamawiający przejmie przedmiot Umowy i będzie go użytkował. Przy zaproponowany zapisie umowy oznaczać będzie to, że wbrew art. 568 § 1 kc okres rękojmi nie rozpocznie się z chwilą wydania przedmiotu umowy Zamawiającemu;

6. art. 353¹ kc, art. 58 kc i art. 647 kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez nadużycie w § 18 ust 1 wzoru umowy uprawnienia Zamawiającego do odstąpienia od umowy co powoduje, że może on odstąpić od umowy w sposób arbitralny, nieuzasadniony potrzebami Zamawiającego, z powodu błahych nieprawidłowości jak i bez uprzedniego wezwania do naprawy uchybień lub zaprzestania naruszeń, co przekracza zasadę swobody kształtowania warunków umowy, uprzywilejowuje Zamawiającego i narusza zasady równowagi stron umowy. Sposób sformułowania § 18 ust 1 wzoru umowy stoi w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego i godzi w naturę stosunku prawnego bowiem uprawnienie do terminacji umowy powinno być wyjątkowe z uwagi na zasadę trwałości umów oraz mieć miejsce wyłącznie w sytuacjach istotnego niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę, ocenianego przez pryzmat art. 647 kc.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności zmiany treści ogłoszenia, treści SWZ i załącznika nr 7 wzór umowy odpowiednio do sformułowanych zarzutów.

24 kwietnia 2024 roku Zamawiający wniósł pismo, w którym oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty podniesione w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden z wykonawców.

W związku z powyższym postępowanie odwoławcze należało umorzyć na podstawie art. 522 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jednocześnie Izba wskazuje, że powyższy przepis zobowiązuje Zamawiającego do wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Wobec faktu, że uwzględnienie zarzutów przez Zamawiającego nastąpiło przed otwarciem posiedzenia i rozprawy, o kosztach postępowania orzeczono na podstawie §9 ust. 1 pkt 2a) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (t.j. Dz.U. 2020 z dnia 31 grudnia 2020 roku, poz. 2437). Izba orzekła o dokonaniu zwrotu Odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....