Sygn. akt: KIO 900/23

POSTANOWIENIE
z dnia 6 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Izabela Niedziałek-Bujak

Członkowie: Andrzej Niwicki

Katarzyna Odrzywolska

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 6 kwietnia 2023 r., odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 marca 2023 r. przez Odwołującego – **STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego –**Gmina, Miasto Tomaszów Mazowiecki**, ul. POW 10/16, 97-200 Tomaszów Mazowiecki

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.

2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego – STRABAG Sp. z o.o. kwoty 20.000 zł 00 gr. (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy), stanowiącej wpis od odwołania.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. poz. 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący:……

Członkowie: ……

……

Sygn. akt KIO 900/23

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

W postępowaniu prowadzonym w trybie podstawowym przez Zamawiającego – Miasto Tomaszów Mazowiecki na wykonanie robót budowlanych pn.: „*Budowa Hospicjum w Tomaszowie Mazowieckim oraz budowa infrastruktury drogowej w Tomaszowie Mazowieckim w ramach zadania pn. Budowa hospicjum wraz z infrastrukturą drogową”* (nr ref.: WRIK.271.1.11.2023.ZP), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 marca 2023 r. 2023/S 056-166141, wobec postanowień dokumentacji i ogłoszenia o zamówieniu wniesione zostało w 30 marca 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (sygn. akt KIO 900/23).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 pkt 1 i 3 PZP w zw. z art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 647 Kodeksu cywilnego (dalej „KC”) poprzez ustalenie w rozdziale 6 pkt 3 SWZ oraz § 1 ust. 31 wzoru umowy, stanowiącym część III SWZ, definicji „Dnia wykonania przedmiotu umowy” w ten sposób, że „Przez wykonanie Przedmiotu Umowy strony rozumieją sytuację, w której Zamawiający dokonał odbioru robót w stanie wolnym od wad i Wykonawca uzyskał w imieniu Zamawiającego ostateczną decyzję zezwalającą na użytkowanie”, co wskazuje na
   bezusterkowy charakter odbioru końcowego, podczas gdy w świetle art. 647 KC w przypadku wystąpienia wad nieistotnych nie można mówić o niewykonaniu zobowiązania, a obowiązkiem inwestora (Zamawiającego) jest dokonanie odbioru robót, a uchylenie się od tego obowiązku możliwe jest wyłącznie w przypadku, gdy przedmiot umowy obarczony jest wadami istotnymi. W przypadku wystąpienia wad nieistotnych inwestor (Zamawiający)
   zobowiązany jest dokonać odbioru oraz wyznaczyć odpowiedni termin na usunięcie wad
   stwierdzonych w toku odbioru końcowego;
2. art. 99 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP, art. 436 pkt 1 PZPw zw. z art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 387 § 1 oraz 58 § 1 KC poprzez określenie w roz. 6pkt 1 SWZ oraz § 1 ust. 23 wzoru umowy, stanowiącego część III SWZ, niemożliwego do dochowania terminu wykonania zamówienia, podczas gdy termin ten uniemożliwia prawidłowe i terminowego zrealizowania całości zamówienia zważywszy, że zamówienie obejmuje wykonanie umowy o roboty

budowlane w formule „zaprojektuj i wybuduj”, a w ramach przedmiotu zamówienia (a więc w ciągu terminu na wykonanie zamówienia) wykonawca zobowiązany będzie uzyskać między innymi decyzję lokalizacji inwestycji celu publicznego, decyzje o wyłączeniu gruntu z produkcji rolniczej, decyzji o pozwoleniu na budowę, ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie;

3. art. 433 pkt 4 PZP poprzez dopuszczenie w § 7 ust. 4 wzoru umowy, stanowiącego część III SWZ, możliwości ograniczenia przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron, podczas gdy jest to niedopuszczalne w świetle wyżej przywołanego przepisu PZP;
4. art. 439 ust. 1 i 2 pkt 1, 2 i 3 PZP poprzez ukształtowanie zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy (waloryzacji wynagrodzenia) § 7 ust. 21 – 24 wzoru umowy, stanowiącego część III SWZ, w taki sposób, że nie spełnia ona wymagań określonych w wyżej przywołanym przepisie PZP, przez co jawi się jako pozorna, tj.:
   1) nie określa poziomu zmiany cen materiałów lub kosztów uprawniającego zarówno Zamawiającego, jak i wykonawcę do żądania zmiany wynagrodzenia, sposób ustalenia zmiany wynagrodzenia został określony w sposób nieprecyzyjny,
   2) nie określa sposobu ustalenia zmiany wynagrodzenia w sposób jasny i klarowny – z treści zapisów nie wynika, czy zastosowanie ma mieć metoda wskaźnikowa czy inne metoda np. na podstawie wykazu rodzajów materiałów lub kosztów. Zamiast tego Zamawiający wylicza przykładowych metody, co oznacza, że na chwilę złożenia oferty Wykonawca nie jest w stanie ustalić jak będzie przebiegać waloryzacja umowy
   3) nie określa okresów, w których zmiana wynagrodzenia może następować, a określa jedynie kiedy wykonawca może wystąpić z pierwszym wnioskiem o waloryzację wynagrodzenia;
5. art. 437 ust. 1 pkt 4 PZP w zw. z art. 465 ust 1 i 3 w zw. z art. 16 pkt 3 PZP poprzez ukształtowanie § 2 ust. 11, 13 i 16 wzoru umowy, stanowiącego część III SWZ, w taki sposób, że zapłata wynagrodzenia wykonawcy będzie uwarunkowana od legitymowania się przez wykonawcę oświadczeniami podwykonawców lub dalszych podwykonawców potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia i tym samym ograniczenie dowodu zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawcy wyłącznie do dowodu w postaci oświadczeń podwykonawców, podczas gdy w art. 437 ust. 1 pkt 4 PZP mowa jest o dowodach potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom, bez ograniczenia dowodów, które mogą potwierdzać zapłatę na rzecz podwykonawców;
6. art. 16 pkt 1-3 PZP i art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 3531 KC i art. 647 KC w zw. z art. 484 § 2 w zw. z art. 483 § 1 KC i art. 473 § 1 KC poprzez zastrzeżenie w § 10 ust. 2 pkt 1 – 4 wzoru umowy, stanowiącego część III SWZ, kar umownych rażąco wygórowanych, nieproporcjonalnych do charakteru naruszeń obowiązków, mających funkcję represyjną, a nie prewencyjną lub mobilizująca, odbiegających od praktyki rynkowej, mogących prowadzić do nieuzasadnionego bezpodstawnego wzbogacenia Zamawiającego;
7. art 436 pkt 3) i art. 16 pkt 1 i3 PZP w zw. z art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 3531 KC, art. 471 KC, art. 473 § 1 KC, art. 483 § 1 i 484 § 1 KC poprzez ustalenie w § 10 ust. 11 wzoru umowy, stanowiącego część III SWZ, maksymalnej wysokości kar umownych na poziomie 35% wartości przedmiotu umowy, których dochodzić może Zamawiający w wysokości wygórowanej, nieodpowiadającej wysokości kary umownej za rozwiązanie umowy zastrzeżonej w § 10 ust. 1 wzoru umowy, tj. z tytułu niewykonania zamówienia, który to limit jest limitem nadmiernym, nieproporcjonalnym do wartości i zakresu Umowy, mogącym w konsekwencji prowadzić do nieuzasadnionego bezpodstawnego wzbogacenia Zamawiającego;
8. art. 16 pkt 1 i 3 w zw. z art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 3531 i 5 i art. 647 KC poprzez przyznanie w § 9 ust. 1 pkt 4 wzoru umowy, stanowiącego część III SWZ, Zamawiającemu uprawnienia do rozwiązania umowy w przypadku wstrzymania przez wykonawcę robót bez zgody zamawiającego, niezależnie od powstania po stronie wykonawcy obiektywnie uzasadnionej przyczyny wstrzymania robót, czym Zamawiający narusza równowagę kontraktową stron oraz wykorzystuje swoją dominującą pozycję. Takie skonstruowanie postanowień umowy w sposób jednoznaczny i nieuzasadniony potrzebami Zamawiającego, uprzywilejowuje pozycję Zamawiającego i narusza zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, co pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego i godzi w naturę stosunku prawnego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany w ogłoszeniu oraz SWZ zgodnie z żądaniami wynikającymi z uzasadnienia odwołania.

W piśmie z 04.04.2023 r. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie uwzględnił w całości zarzuty i oświadczył, że dokona zmiany w treści dokumentów zamówienia zgodnie z żądaniami Odwołującego i wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego.

Do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden podmiot.

Na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 06.04.2023 r. Izba na podstawie § 13 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. *w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą* (Dz. U. poz. 2453) umorzyła postępowanie odwoławcze w sytuacji wyczerpującej przypadek wskazany w art. 568 pkt 3 Ustawy.

Orzekając o kosztach w oparciu o przepisy § 9 ust. 2 2437), Izba nakazała zwrócić na rzecz Odwołującego kwotę uiszczonego w wysokości 20.000,00 zł wpisu.

Przewodniczący:……

Członkowie: ……

……