Sygn. akt: KIO 3468/23

POSTANOWIENIE

z dnia 1 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Jolanta Markowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 1 grudnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczejw dniu 20 listopada 2023 r. przez wykonawcę: **Z.F. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Z.F. EKO-OGRÓD Z.F. Konserwacja Terenów Zielonych, ul. Katowicka 36b, 43-100 Tychy**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miejski Zarząd Ulic i Mostów, ul. Budowlanych 59, 43-100 Tychy,**

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznychna rzecz wykonawcy: **Z.F. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Z.F. EKO-OGRÓD Z.F. Konserwacja Terenów Zielonych, ul. Katowicka 36b, 43-100 Tychy** kwoty **9 000 zł 00 gr** (słownie: dziewięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej 90% uiszczonego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605), 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:……

Sygn. akt: KIO 3468/23

Uzasadnienie

Zamawiający, Miejski Zarząd Ulic i Mostów z siedzibą w Tychach, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (tj. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605), w trybie podstawowym bez negocjacji w przedmiocie: **„***Kompleksowe zadanie polegające na bieżącym utrzymaniu, remoncie oraz budowie studzienek ściekowych i przykanalików w ciągu dróg i ulic na terenie miasta Tychy w 2024 roku.”.* Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2023/BZP 00490389/01 w dniu 13 listopada 2023 r. W tym samym dniu Zamawiający opublikował dokumenty zamówienia, w tym SWZ i wzór umowy.

Wykonawca, Z.F. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą EKO-OGRÓD Z.F. Konserwacja Terenów Zielonych z siedzibą w Tychach, wniósł w dniu 20 listopada 2023 r. odwołanie wobec czynności i zaniechania Zamawiającego podjęte w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określonego powyżej, polegające na ukształtowaniu postanowień dokumentów zamówienia w sposób naruszający przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 436 pkt 3 Pzp, poprzez zaniechanie wskazania limitu kar umownych, mimo, że ustawa Pzp nakazuje, by umowa w sprawie zamówienia publicznego określała limit kar umownych.

2)a) art. 431 Pzp, art. 8 ust.1 Pzp w związku z art. 647 i 654 Kodeksu cywilnego i art. 353 (1) Kodeksu cywilnego oraz art. 58 § 3 Kodeksu cywilnego, poprzez ukształtowanie terminu na odbiór określonych prac (w istocie odbiór częściowy) w sposób naruszający podstawowe obowiązki inwestora względem wykonawcy, w sposób wskazujący na brak współdziałania przy realizacji umowy, pomimo tego, że obowiązkiem inwestora jest obowiązek odbioru obiektu. Określenie bardzo długich terminów odbioru podczas jednego z niewielu obowiązków zamawiającego narusza także zasady współżycia społecznego.

b) art. 431 Pzp, art. 8 ust.1 Pzp w związku z art. 647 i 654 Kodeksu cywilnego i art. 353 (1) Kodeksu cywilnego, a także poprzez ukształtowanie odbioru protokołu zaawansowania prac przez Inspektora w sposób wskazujący na odbiór

bezusterkowy, co zostało w szczególności wskazane w § 9 ust. 2 umowy poprzez wskazanie, że w przypadku wskazania nieprawidłowości wykonawca musi poprawić protokół i ponownie złożyć, a protokół ten jest podstawą do wystawienia faktury, podczas, gdy przepis art. 647 Kodeksu cywilnego wskazuje, że inwestor jest zobowiązany do odbioru obiektu i zapłaty wynagrodzenia. Postanowienie to narusza także art. 106i ust. 3 ustawy o VAT, bowiem poprzez uzależnianie wystawienia faktury od nieprawidłowości w protokole (nawet nie w wykonanych robotach budowlanych) i stanu niepewności co do możliwości wystawienia faktury (krotność 14 dni), pomimo, iż przepis ten stanowi o określonym momencie i czasie, kiedy wykonawca może wystawić fakturę.

3)art. 8 ust.1 Pzp w związku z art. 483 § 1 i 353 (1) i 5 Kodeksu cywilnego, poprzez ukształtowanie kar umownych z tytułu odstąpienia w sposób naruszający zasady współżycia społecznego oraz sprzecznie z przepisem art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego, który stanowi, iż kara umowna należy się za nienależyte wykonanie lub niewykonanie zobowiązania niepieniężnego, a postanowienia umowy wskazują, że zamawiający może odstąpić od umowy i nałożyć karę umowną w sposób zupełnie niezależny od wykonawcy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1)określenia limitu kar umownych na łącznym poziomie 10% poprzez wprowadzenie do § 11 ust. 8 postanowienia umownego o następującej treści:

„Łączna wysokość naliczonych wykonawcy kar umownych nie może przekroczyć 10% wynagrodzenia brutto o którym mowa w § 2 ust.1 umowy."

2)zmianę terminu potwierdzenia protokołu stanu robót przez Inspektora nadzoru do 5 dni, poprzez zmianę § 9 ust. 2 w sposób następujący:

„Protokół stanu robót Inspektor Nadzoru potwierdza w terminie do 5 dni od jego złożenia, z zastrzeżeniem że w przypadku stwierdzenia przez Inspektora Nadzoru w złożonym protokole nieprawidłowości Wykonawca zobowiązany jest do ich poprawienia i ponownego złożenia Zamawiającemu, jednakże żadne nieprawidłowości nie w protokole stanu robót nie spowodują niemożliwości wystawienia przez Wykonawcę faktury za wykonane roboty wskazane w protokole stanu robót. Tylko wady istotne mogą być podstawą do odmowy potwierdzenia przez Inspektora Nadzoru protokołu stanu prac. Poprawiony protokół stanu robót Inspektor Nadzoru potwierdza w terminie do 5 dni od dnia jego złożenia, jednakże od jego poprawienia nie zależy także możliwość wystawienia przez Zamawiającego faktury."

3)wykreślenie § 11 ust.2 pkt l) wzoru umowy.

Zamawiający, pismem z dnia 29 listopada 2023 r., przesłał do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej informację o dokonaniu modyfikacji treści SWZ w dniu 23 listopada 2023 r. w zakresie *Projektowanych postanowień umowy* i przesłał w załączeniu powyższą modyfikację udostępnioną w dniu 23 listopada 2023 r. na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

Wykonawca Z.F. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą EKO-OGRÓD Z.F. Konserwacja Terenów Zielonych, pismem z dnia 1 grudnia 2023 r. przesłanym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w tym dniu, tj.przed otwarciem rozprawy w sprawie odwoławczej, zatytułowanym „Cofnięcie odwołania" złożył oświadczenie, że cofa wniesione odwołanie. Jednocześnie Odwołujący wskazał, iż cofnięcie odwołania jest wynikiem zmodyfikowania przez Zamawiającego specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób uwzględniający żądania Odwołującego.

Odwołujący podniósł także, że wobec zmiany SWZ przez Zamawiającego dalsze postępowanie stało się zbędne. W przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości ze względu na stwierdzenie, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne, zgodnie z art. 568 pkt 2 Pzp, stosownie do § 9 ust. 2 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 koszty postepowania znosi się wzajemnie. Odwołujący wniósł o zniesienie kosztów postępowania odwoławczego.

W danym stanie faktycznym Izba zważyła, co następuje:

Uwzględniając oświadczenie Odwołującego z dnia 1 grudnia 2023 r. o cofnięciu wniesionego odwołania, które zostało złożone w piśmie Odwołującego z dnia 1 grudnia 2023 r., Izba, działając na podstawie art. 568 pkt 1 w zw. z art. 520 ust. 1 oraz art. 553 zdanie drugie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605), umorzyła postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie.

Wobec cofnięcia odwołania przez Odwołującego, Izba nie miała podstaw do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o przepis art. 568 pkt 2 Pzp, bowiem oświadczenie wykonawcy o cofnięciu wniesionego odwołania wywołuje skutek *ex tunc,* tj. skutek wsteczny obejmujący czynność prawną wniesienia odwołania. Stosownie do art. 520 ust. 2 Pzp, cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby. Wobec cofnięcia odwołania, zarówno czynność wniesienia odwołania, jak i wszystkie późniejsze czynności w postępowaniu odwoławczym tracą byt prawny. Skoro zatem odwołanie zostało cofniecie, to Izba ma obowiązek umorzyć postępowanie odwoławcze na podstawie art. 568 pkt 1 Pzp.

Na podstawie § 9 ust. 1 pkt 3 lit.a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia

30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. poz. 2437), Izba orzekła o dokonaniu zwrotu z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego kwoty stanowiącej 90% uiszczonego przez Odwołującego wpisu od odwołania.

Przewodniczący:……