

POSTANOWIENIE

z dnia 31 października 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu **31 października 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 października 2014 r.

przez wykonawcę: **Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Budowa Zespołu Jednostek Skarbowych w Poznaniu przy ul. Dolna Wilda / Chłapowskiego* (nr postępowania SO-II/251-0006/14/SO-II)

prowadzonym przez zamawiającego: **Izba Skarbowa w Poznaniu**

postanawia:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze.**
- 2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz: Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie kwoty 20000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) – uiszczonej przez powyższego odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 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 **Poznaniu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Izba Skarbowa w Poznaniu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „pzp”}, postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. *Budowa Zespołu Jednostek Skarbowych w Poznaniu przy ul. Dolna Wilda / Chłapowskiego* (nr postępowania SO-II/251-0006/14/SO-II). Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 11 października 2014 r. pod nr 2014/S_196-345762. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp. 13 października 2014 r. Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej, na której udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia {zwaną również dalej w skrócie „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}.

23 października 2014 r. Odwołujący – Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie {spółka zwana również dalej w skrócie „Skanska”} wniósł – w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu – do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec postanowień pkt I.1.1.3 załącznika nr 7 specyfikacji istotnych warunków zamówienia {zwaną również dalej w skrócie „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów:

1. Art. 29 ust. 2 i 3 ustawy pzp – przez opis przedmiotu zamówienia w sposób naruszający uczciwą konkurencję oraz w sposób uniemożliwiający złożenie oferty równoważnej, w tym przez wskazanie nazw urzędów w opisie przedmiotu zamówienia {„OPZ”} bez wskazania parametrów równoważności.
2. Art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy pzp w zw. w zw. z art. 353¹ Kodeksu cywilnego {„kc”} oraz w zw. z art. 5 i 58 kc, doprowadzających do naruszenia art. 19 a ust. 5 pkt 3 lit. a, art. 19a ust. 2 i art. 106 i ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (VAT) – przez umieszczenie w treści wzoru umowy postanowień pozostających w niezgodności z powszechnie obowiązującym prawem.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Wykreślenia w dokumentacji postępowania, w szczególności OPZ i projektach wykonawczych, będących elementem dokumentacji projektowej opisującej przedmiot zamówienia, nazw producentów konkretnych materiałów i urzędów oraz odniesień do tych nazw, a także wskazanie parametrów równoważnych w sposób umożliwiający

złożenie oferty równoważnej oraz oznaczenie parametrów równoważności pod kątem wymagań funkcjonalnych, a także modyfikację postawionych parametrów równoważności, przez określenie ich granic w sposób np. „od...do...” , czy też w sposób słowny np.: „nie cięższy.”, w odniesieniu do urządzeń szczegółowo opisanych w uzasadnieniu i wskazanych w tabeli.

2. Modyfikacji postanowień umownych, w szczególności pkt 14.7 warunków szczególnych kontraktu i 14.6 w związku z załącznikiem nr 2 do IDW (minimalna kwota przejściowego świadectwa płatności) warunków szczególnych kontraktu tak, aby doprowadziła ona do zgodności przedmiotowej umowy z przepisami powszechnie obowiązującego prawa, modyfikacji postanowień umownych, która powinna doprowadzić do tego, aby momentem wykonania usług budowlanych i budowlano-montażowych, który rodzi dla Odwołującego i innych wykonawców obowiązek wystawienia faktury, było faktyczne wykonanie tych usług przez Skanska czy też innych wykonawców, nie zaś ich przyjęcie na podstawie *Przejściowych/Końcowych Świadectw Płatności*.

Dodatkowo odwołujący sprecyzował powyżej wymienione zarzuty oraz wskazał okoliczności faktyczne i prawne, które jego zdaniem uzasadniają podniesienie tych zarzutów.

{ad zarzutu nr 1}

Odwołujący sprecyzował, że zarzut ten dotyczy opisu przedmiotu zamówienia w następującym zakresie:

- a) OPZ.01.01 pkt 4.8, str. 43, gdzie wskazano m.in. dźwig elektryczny typu PROLIFT SCM GL 1000 AA oraz wymieniono szereg parametrów, jakie powinien spełniać {w odwołaniu wymieniono te parametry};
- b) OPZ.01.01, str. 98, gdzie wskazano m.in. papę termozgrzewalną wierzchniego krycia oraz wymieniono szereg parametrów, jakie powinna spełniać {w odwołaniu wymieniono te parametry};
- c) OPZ.01.01, str. 120, gdzie wskazano m.in. materiały uszczelniające firmy SIKA – SIKAFLEX-CONSTRUKCTION, SIKAFLEX-PRO-3 WF, opatrzone obszernym opisem właściwości {w odwołaniu wymieniono te parametry};
- d) projekt wentylacji, pkt 4.12 opisu technicznego – dobór central, gdzie wskazano m.in. centrale wentylacyjne firmy Clima-Produkt
- e) projekt instalacji grzewczych, pkt 4.12 opisu technicznego, gdzie jako główne elementy układów pompowo-mieszających przy nagrzewnicach central wskazano pompy, zawory trójdrogowe i zawory regulacyjno-pomiarowe, np. dla centrali NW1 – pompa typu TOP-RL 25/7,5, zawór trójdrogowy typu CV 316 RGA oraz zawory STAD 1 i STAD 2, co wskazuje na konkretne urządzenia;
- f) wykładziny wskazane w dokumentacji projektowej z nazwy, przy czym parametry

Sygn. akt KIO 2213/14

jednoznacznie wskazują na daną wykładzinę, a są nieistotne z punktu widzenia jej użytkowania, czyli pod względem funkcjonalności, np. WYKŁADZINA PCV-POLYFLOR-2000 PUR {w odwołaniu wymieniono te parametry};

g) obiektowe płytki dywanowe do intensywnego użytkowania, które zostały wskazane w dokumentacji projektowej z nazwy – TIVOLI 24 & TIVOLI ONLINE, a także zostały opisane zbyt szczegółowymi parametrami, w szczególności jako wykonane z *100% Meraklon BCF Polypropylene*.

Ponadto odwołujący podniósł, że prawie wszystkie urządzenia w dokumentacji projektowej zostały opisane z nazwy, a także przez zbyt szczegółowe określenie parametrów, a nie przez określenie parametrów pod względem funkcjonalności, co umożliwiłoby złożenie oferty równoważnej. Do odwołania załączono tabelę z następującymi kolejnymi przykładami wskazania nazw własnych:

{instalacje silnopiędowe}

– agregat prądowćrczy APFI 160kVA, producent: Agregaty Polska, dostawca: Elektryczna Teresa Krawczyk;

– rozdzielnica RNN PRISMA P., producent: Schneider Electric, dostawca: Elektryczna Teresa Krawczyk;

– most szynowy, producent: Schneider Electric, dostawca: Elektryczna Teresa Krawczyk;

– tablice rozdzielcze, producent: Legrand;

– oprawy (cała lista), producent: ES-SYSTEM;

– UPS 40kVA model MC o konfiguracji 3/3. THDI<3%, cos fi=0,99, czas podtrzymania T=10 min, wym. 444x795x1400 mm. Zastosowano akumulatory w technologii AGM o żywotności 10-12 lat, producent: MASTERYS;

– osprzęt, producent: Berker;

{instalacje słabopiędowe}

– CCTV, producent: D-MAX Polska;

– okablowanie strukturalne, producent: AMP;

– KD, producent: Honewell;

– SSWIN, producent: Honewell;

– BMS, producent: Honewell;

– portal wykrywający kontrabandę IONSCAN SENTINEL II, producent: Sentinel.

Odwołujący wskazał, że w pkt 9 OPZ (strona 5 OPZ) Zamawiający, co prawda, wskazał co do nazw własnych i handlowych, co następuje: *Użyte w mniejszym opracowaniu oraz w całej dokumentacji projektowo-kosztorysowej stanowiącej podstawę realizacji inwestycji, nazwy własne producentów, nazwy handlowe i typy materiałów i wyrobów należy rozumieć jako dane pomocnicze dla określenia właściwości użytkowych danego wyrobu*

w celu określenia jego odpowiednika. Wykonawca powinien stosownie do wymogów zawartych w przetargu na roboty budowlane określić, jakie materiały o właściwościach użytkowych takich samych bądź wyższych jak opisane w niniejszym opracowaniu zamierza użyć do wykonania zamówienia, podając ich rodzaj, typ, cechy charakterystyczne i uzasadnienie zamiany. Oferent/Wykonawca winien uwzględnić zastrzeżenie, iż niektóre z urządzeń opisanych w niniejszym opracowaniu oraz w dokumentacji projektowo-kosztorysowej z uwagi na ich unikalne właściwości zobowiązany jest zastosować w konkretnym typie podanym w projekcie. Zamianę określonych w niniejszym opracowaniu oraz w dokumentacji projektowo - kosztorysowej materiałów i rozwiązań Oferent/Wykonawca winien poprzedzić uzgodnieniem z Inwestorem, udokumentowanych pisemnie, przed dokonaniem zakupu i podjęciem wykonawstwa robót.

Jednak zdaniem Odwołującego, nawet jeśli Zamawiający wskazuje, że nazwy urządzeń należy stosować pomocniczo, jednocześnie nie podaje parametrów równoważności, tym samym dopuszczenie równoważności i możliwości zamiany urządzenia jest tylko iluzoryczne i uniemożliwia złożenie ofert równoważnych. Ponadto wpisanie zbyt dużej ilości parametrów przez przekopiowanie kart technicznych czy katalogowych razem z parametrami nieistotnymi znacznie ogranicza lub uniemożliwia wybór innych produktów, a tym samym utrudnia uczciwą konkurencję. Z kolei zastrzeżenie, że niektóre z urządzeń mają unikalne właściwości i należy je zastosować w konkretnym typie podanym w projekcie również narusza art. 29 ust. 3 pzp, gdyż Zamawiający wprost wskazuje, że nie tylko wskazuje z nazwy pewne urządzenia, ale także nie przewiduje co do tych urządzeń możliwości złożenia ofert równoważnych.

Ponadto odwołujący przywołał również inne okoliczności prawne i faktyczne na uzasadnienie ww. zarzutów.

{ad zarzutu nr 2}

Odwołujący w szczególności przywołał następujące okoliczności prawne i faktyczne dla uzasadnienia tego zarzutu.

Odwołujący podał, że zgodnie z brzmieniem pkt 14.7 części II SIWZ – warunków szczególnych kontraktu: *Podstawą wystawienia przez Wykonawcę faktur VAT będzie zatwierdzone przez Zamawiającego Przejściowe/Końcowe Świadczenie Płatności. Zamawiający zapłaci Wykonawcy kwotę poświadczoną w Przejściowym/Końcowym Świadczeniu Płatności w ciągu 30 dni od dnia wpływu do Zamawiającego prawidłowo wystawionej faktury Wykonawcy wraz z wszelkimi niezbędnymi załącznikami.*

Odwołujący zarzucił, że takie postanowienie umowne narusza przepisy obowiązującego prawa, gdyż od 1 stycznia 2014 r. zmianie uległa ustawa o podatku od towarów i usług w zakresie określenia momentu powstania obowiązku podatkowego przy

dostawie towarów lub wykonaniu usługi. Odwołujący podniósł, że w myśl {powołanych szczegółowo w odwołaniu} przepisów prawa podatkowego obowiązek podatkowy będzie powstawał z chwilą wystawienia faktury z tytułu wykonania całości lub części prac budowlanych lub budowlano-montażowych. Faktura taka powinna być wystawiona najpóźniej 30 dnia od dnia wykonania ww. usług. Jeżeli podatnik nie wystawił w tym terminie faktury lub wystawił ją z opóźnieniem, obowiązek podatkowy powstanie z chwilą upływu terminu na jej wystawienie, tj. 30. dnia od dnia wykonania usług.

Odwołujący wywiódł, że prawidłowe określenie momentu wykonania usług budowlanych i budowlano-montażowych ma zatem istotne znaczenie dla prawidłowego wystawienia faktury z tytułu świadczenia tych usług. O wykonaniu tych usług będzie decydować faktyczne wykonanie tych usług, nie zaś przyjęcie tych usług na podstawie protokołów zdawczo-odbiorczych czy też przejściowego lub końcowego świadectwa płatności. Protokół zdawczo-odbiorczy potwierdza więc fakt wykonania tych usług, jednak nie przesądza o terminie i zakresie ich wykonania. Podobnie przejściowe czy końcowe świadectwa płatności, które potwierdzają fakt wykonania tych usług, jednakże nie przesądzają o terminie i zakresie ich wykonania. Wobec tego stanowisko, zgodnie z którym *dzień podpisania protokołu to dzień wykonania usługi budowlanej lub budowlano-montażowej*, jest nieprawidłowe.

Analizując postanowienia projektu umowy, w szczególności- pkt 14.7 warunków szczególnych kontraktów, Odwołujący stwierdził, że uzależniają one wystawienie faktury VAT od odbioru przedmiotu umowy, czyli zatwierdzenia przez Zamawiającego przejściowych lub końcowych świadectw płatności, a nie od faktycznego wykonania robót budowlanych.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, że w załączniku do części I SIWZ – IDW, w tabeli na stronie 3 wskazano, że minimalna kwota przejściowego świadectwa płatności, zgodnie z klauzulą 14.6 warunków kontraktu, wynosi 3 mln zł. Odwołujący zarzucił, że powyższe sformułowanie, również stoi w sprzeczności z przepisami ustawy o VAT, gdyż wykonawca nie może wystawić faktury VAT po faktycznym wykonaniu prac, a zatem nie może być w zgodzie ze swoimi obowiązkami wynikającymi z ustawy o VAT, a jest zmuszony czekać do momentu, aż zakres wykonanych prac będzie wynosił pułap 3 mln zł.

Ponadto Odwołujący podniósł na tle art. 353¹ kc, że niedopuszczalne jest ustalanie treści stosunku zobowiązaniowego lub jego celu, w którego wyniku dochodziłoby do naruszenia przepisów o charakterze *iuris cogentis*, i to zarówno Kodeksu cywilnego, jak i ustaw szczególnych (niekoniecznie z zakresu prawa cywilnego). Pojęcie „ustawy” należy interpretować ściśle, to znaczy, że podpadają pod nie jedynie normy rzędu ustawowego (a więc zawarte w ustawie) lub wydane na podstawie wyraźnej delegacji ustawowej, nigdy zaś w aktach normatywnych niższej rangi (zarządzenia, uchwały, wytyczne itp.).

Sygn. akt KIO 2213/14

Sprzeczność treści lub celu stosunku z ustawą prowadzi do nieważności umowy, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek (art. 58 § 1 kc).

Odwołujący wskazał, że w przypadku złożenia najkorzystniejszej oferty, byłby zobowiązany do podpisania z Zamawiającym umowy o treści określonej w przedmiotowym postępowaniu, co naraziłoby go na odpowiedzialność karno-skarbową przewidzianą stosownymi przepisami.

Zamawiający w piśmie z 27 października 2014 r. oświadczył, że 24 października 2014 r. przesłał drogą elektroniczną pozostałym ujawnionym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu kopię odwołania, która została również zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego.

Izba ustaliła, że do Prezesa Izby nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w tej sprawie.

30 października 2014 r. wpłynęła do Izby odpowiedź na odwołanie {pismo z tej daty}, w której Zamawiający oświadczył, że po przeanalizowaniu zarzutów, zgodnie z art. 186 ust. 2 pzp uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Zamawiający ponadto dodał, że, po pierwsze – wykreśla w dokumentacji postępowania nazwy producentów konkretnych materiałów i urządzeń oraz odniesienia do tych nazw, a także wskazuje parametry równoważności w sposób umożliwiający złożenie oferty równoważnej, po drugie – zmienia zapisy wzoru umowy, stanowiącego część II SIWZ, zgodnie z żądaniem Odwołującego {w obu przypadkach Zamawiający odesłał do załączonych do odpowiedzi na odwołanie: zmian s.i.w.z. z 30 października 2014 r. oraz zmiany ogłoszenia o zamówieniu}.

Ponadto Zamawiający odniósł się do obu grup zarzutów, wyjaśniając powody, dla których uwzględnił zarzuty, nawet w przypadku, jeżeli nie w pełni je podziela {co w szczególności dotyczy drugiej grupy zarzutów}.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Skuteczne skorzystanie przez którąkolwiek ze stron postępowania odwoławczego z przysługującej jej tzw. czynności dyspozytywnej (czyli uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego lub cofnięcia odwołania przez odwołującego) – powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania.

Zamawiający w piśmie z 30 października 2014 r. w sposób niebudzący wątpliwości

Sygn. akt KIO 2213/14

wyraził wolę uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Izba zważyła, że dla wywarcia skutku w postaci umorzenia postępowania odwoławczego konieczne i wystarczające jest uwzględnienie przez Zamawiającego w całości zarzutów zawartych w odwołaniu. Natomiast dalsze czynności, które Zamawiający podejmie w celu uczynienia zadość żądaniom odwołania, pozostają poza oceną Izby w ramach ustalenia zaistnienia przesłanki umorzenia postępowania odwoławczego. Tym niemniej należy odnotować, że art. 186 ust. 2 zd. drugie ustawy pzp nakazuje w takim przypadku Zamawiającemu wykonać czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Wobec stwierdzenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a po jego stronie nie przystąpił żaden wykonawca, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 2 w zw. z art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, że ponieważ uwzględnienie w całości zarzutów odwołania nastąpiło przed otwarciem posiedzenia, z mocy art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: