

**POSTANOWIENIE**  
z dnia 3 marca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 3 marca 2020r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lutego 2020r. przez **wykonawcę ALSTAL Grupa Budowlana spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Jacewie, ul. Kwiatowa 23** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Fundacja dla Ostrowa Tumskiego we Wrocławiu, ul. Katedralna 13**

**postanawia:**

- 1. Umorzyć postępowanie,**
- 2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 20 000 zł. 00 gr (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy ALSTAL Grupa Budowlana spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Jacewie, ul. Kwiatowa 23** tytułem zwrotu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b 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 **we Wrocławiu**.

**Przewodniczący: .....**

3.

### **Sygn. akt KIO 385/20**

#### **Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na przebudowę i remont budynków Muzeum Archidiecezjalnego we Wrocławiu zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 13 lutego 2020r. pod numerem 2020/S 031-071526.

W dniu 24 lutego 2020r. odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) wniósł wykonawca ALSTAL Grupa Budowlana spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Jacewie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 21 lutego 2020r. udzielonego przez prezesa zarządu komplementariusza spółki upoważnionego do samodzielnej reprezentacji komplementariusza, zgodnie ze złożonymi odpisami z KRS. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 24 lutego 2020r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 26 ust. 1 ustawy przez sformułowanie w pkt. VI ust. 4 SIWZ, że termin na złożenie przez wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, będzie nie krótszy niż 5 dni, w sytuacji, gdy zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy termin ten nie powinien być krótszy niż 10 dni,

2. art. 10a ust. 1 i 4 ustawy, art. 10b ustawy oraz przepisów Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych (dalej jako „Rozporządzenie”), a w szczególności z § 3 ust. 1

i 2 Rozporządzenia, w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez określenie przez zamawiającego:

a. w pkt. VII ust. 6 SIWZ obowiązku przekazywania dokumentów i oświadczeń przez wykonawców za pośrednictwem poczty elektronicznej,

b. w pkt. XI ust. 1 i 3 SIWZ, że oferty (albo zmianę lub wycofanie oferty) należy składać za pośrednictwem poczty e-mail,

w sytuacji, gdy te przepisy ustawy oraz Rozporządzenia przewidują szczegółowe wymagania dotyczące środków komunikacji elektronicznej stosowanych przez zamawiających, których to wymagań nie spełnia poczta e-mail, co w konsekwencji prowadzi do naruszenia zasad wynikających z art. 7 ust. 1 ustawy,

3. art. 647 KC i 3531 KC w zw. z art. 139 ustawy i art. 7 ust. 1 ustawy przez uregulowanie, że odbiór przez zamawiającego robót nastąpi tylko w przypadku braku stwierdzenia jakichkolwiek usterek tych robót, co wynika z następujących postanowień wzoru umowy:

a. „Podstawą do wystawienia każdej z faktur VAT częściowych jest bezusterkowy protokół odbioru danego elementu robót podpisany przez przedstawicieli stron i nadzór inwestorski, z kompletem niezbędnych dla danego elementu dokumentów wymienionych w Umowie” (§ 6 ust. 2),

b. „Podstawą do wystawienia faktury końcowej jest bezusterkowy protokół odbioru końcowego robót podpisany przez przedstawicieli stron, nadzór inwestorski, z kompletem dokumentów wymienionych w Umowie” (§ 6 ust. 3),

c. „(...) Odbiór robót zanikających lub ulegających zakryciu zostanie zakończony w terminie 1 dnia roboczego chyba, że wystąpią przeszkody do bezusterkowego odbioru robót zanikających lub ulegających zakryciu” (§ 7 ust. 2),

d. „(...) Odbiór elementów robót wymienionych w Harmonogramie rzeczowo-finansowym zostanie zakończony terminie 5 dni od daty jego rozpoczęcia, chyba że wystąpią przeszkody do bezusterkowego odbioru robót wymienionych w Harmonogramie rzeczowo-finansowym” (§ 7 ust. 3),

e. „(...) Odbiór końcowy zostanie zakończony w terminie 14 dni od daty jego rozpoczęcia chyba że, wystąpią przeszkody do jego bezusterkowego odbioru” (§ 7 ust. 5),

a nadto uzależnienia zwrotu 70% zabezpieczenia należytego wykonania umowy od daty wykonania zamówienia i uznania przez Zamawiającego za należyte wykonane, tj. od daty wystawienia bezusterkowego protokołu odbioru końcowego (§11 ust. 5 pkt a)), w sytuacji gdy zgodnie z art. 647 KC zamawiający jest zobowiązany do odbioru robót budowlanych, a uchylenie się od tego obowiązku jest możliwe jedynie wtedy gdy przedmiot umowy jest obciążony istotnymi wadami, a tym samym nieistotne wady przedmiotu umowy nie mogą stanowić podstawy do odmowy odbioru robót przez zamawiającego.

Wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy zmianę postanowień wzoru umowy oraz SIWZ przez:

1. zmianę pkt. VI ust. 4 SIWZ w ten sposób, że termin na złożenie dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, będzie nie krótszy niż 10 dni,

2. zmianę pkt. VII ust. 6 SIWZ i pkt. XI ust. 1 i 3 SIWZ poprzez określenie komunikacji elektronicznej z wykonawcami, w szczególności sposobu złożenia oferty, zgodnie z wymaganiami wynikający z przepisami ustawy oraz aktami wykonawczymi wydanymi do tych przepisów,

3. wykreślenie z § 6 ust. 2 i 3 oraz § 7 ust. 2, 3 i 5 oraz § 11 ust. 5 pkt a) wzoru umowy słowa „bezusterkowy” uzależniającego odbiór robót przez zamawiającego jedynie w sytuacji braku jakichkolwiek usterek.

Ponadto o:

4. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów dołączonych do odwołania oraz przywołanych w treści odwołania, a znajdujących się w dokumentach postępowania (na okoliczności wskazane w odwołaniu);

5. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa i zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia wskazanych powyżej przepisów ustawy i KC. Odwołujący spełnia warunki udziału również w przedmiotowym postępowaniu, zamierza złożyć ofertę i uzyskać przedmiotowe zamówienie. Z tego względu w interesie ALSTAL leży, aby postanowienia SIWZ, w szczególności dotyczące warunków złożenia oferty oraz realizacji zamówienia określonych we wzorze umowy, były zgodne z prawem, a także zasadami swobody umów, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Tymczasem sposób ich ukształtowania przez zamawiającego nie spełnia tych wymogów. Sposób złożenia oferty wynikający z SIWZ oraz zasady realizacji zamówienia wynikające ze wzoru umowy w praktyce uniemożliwiają odwołującemu złożenie oferty w warunkach uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (dalej jako „KIO”) wskazuje się przy tym, że uprawnienie do złożenia odwołania wobec postanowień SIWZ przysługuje każdemu wykonawcy, który potencjalnie może ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Przykładowo zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 26 stycznia 2017 r. na etapie publikacji SIWZ „wystarczające jest wykazanie jedynie hipotetycznej szkody polegającej na niewłaściwym sformułowaniu treści SIWZ, które może utrudniać wykonawcy dostęp do zamówienia. Tym samym wystarczająca jest dla uznania interesu danego wykonawcy jedynie deklaracja, że jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia i tego faktu nie ma obowiązku udowodnić. Na tym etapie postępowania interes wykonawcy jest interesem faktycznym w szerokim tego słowa znaczeniu” .

Odwołujący uważa, że posiada legitymację do wniesienia odwołania, ponieważ:

- zamierza złożyć ofertę w postępowaniu, a zatem ma interes w uzyskaniu zamówienia, które zostanie udzielone w wyniku rozstrzygnięcia tego postępowania,
- może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów wskazanych powyżej, co pozbawia ALSTAL szansy na udział w postępowaniu w warunkach uczciwej konkurencji.

W dniu 26 lutego 2020r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania.

W dniu 26 lutego 2020r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględnia zarzuty odwołania w całości i wskazał, że w dniu 21 lutego 2020r. (przed otrzymaniem odwołania) zamawiający przesłał do publikacji sprostowanie ogłoszenia o przedmiotowym zamówieniu, w kwestionowanym przez odwołującego zakresie, które zostało opublikowane w dniu 26 lutego 2020r. równoległe z powiązaniem z nim ogłoszeniem o zmianie treści siwz na stronie internetowej przedmiotowego zamówienia. Odpowiedź wniósł prezes zarządu fundacji upoważniony do samodzielnej reprezentacji fundacji.

Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

#### **Izba zważyła, co następuje.**

Izba ustaliła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w związku z potencjalnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy, czym została wypełniona przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy.

Przepis art. 186 ust. 2 ustawy stanowi, że w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Zamawiający oświadczył, że uwzględnia zarzuty odwołania i zobowiązał się do wykonania czynności zgodnie z żądaniami odwołującego. Przy czym wskazano, że czynności zostały już na datę składania odpowiedzi na odwołanie wykonane. Nadto Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił. W tej sytuacji ustalony stan faktyczny podpada pod normę art. 186 ust. 2 ustawy i pozwala Izbie na wydanie postanowienia umarzającego postępowanie.

Stosownie do art. 186 ust. 6 pkt. 1 koszty postępowania Izba wzajemnie zniósła. Natomiast zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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 ze zm. z 2016r. pod. 47) Izba orzekła o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczony tytułem wpisu.

**Przewodniczący: .....**