

**POSTANOWIENIE**

**z dnia 23 września 2019 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Justyna Tomkowska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron w dniu **23 września 2019 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **13 września 2019 roku** przez wykonawcę **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiających:

- 1) Opolskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu**
- 2) Izba Administracji Skarbowej z siedzibą w Opolu**

w imieniu których działa **Opolskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu**

przy udziale wykonawcy **Mota-Engil Central Europe S.A. z siedzibą w Krakowie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **po stronie odwołującego**

**postanawia:**

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze;**
- 2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 20 000zł 00 gr (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) kwotę uiszczzonego wpisu na rzecz wykonawcy **Odwołującego – Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie****

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Opolu**.

**Przewodniczący:**

.....

## UZASADNIENIE

W dniu 13 września 2019 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 i nast. ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2018.1986 t.j. z dnia 2018.10.16, dalej zwana „ustawą PZP”) odwołanie złożył wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, dalej jako „Odwołujący”.

Postępowanie na *Budowę budynku administracji publicznej „Centrum Usług Publicznych” - zadanie nr 1 i 2 wraz z zagospodarowaniem terenu w Opolu przy ul. Plebiscytowej* prowadzi Zamawiający: **1) Opolskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu oraz 2) Izba Administracji Skarbowej z siedzibą w Opolu**, w imieniu których działa **Opolskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu**. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 169-412152 z dnia 3 września 2019 roku.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na ustaleniu treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz Ogłoszenia o zamówieniu (dalej odpowiednio jako: „SIWZ” lub „Ogłoszenie”), w sposób naruszający bezwzględnie obowiązujące przepisy ustawy Pzp i KC.

Odwołujący zarzucał naruszenie następujących przepisów:

**1)** art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353<sup>1</sup> kodeksu cywilnego w zw. z art. 647 kodeksu cywilnego w zw. z art. 577 § 4 kodeksu cywilnego w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przyznanie Zamawiającemu w ramach wzorów Umów prawa do odmowy dokonania odbioru końcowego do czasu usunięcia wad w każdym przypadku wystąpienia wad, nawet jeśli wady mają charakter nieistotny, a w konsekwencji również ustalenie biegu terminu gwarancji jakości od dnia bezusterkowego odbioru robót, co godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców;

**2)** art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 31 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp w zw. z art. 42 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 651 kodeksu cywilnego poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie pełnej i ważnej oferty, spełniającej

w całości oczekiwania i wymagania Zamawiającego oraz narzucenie na Wykonawcę obowiązków sprzecznych z obowiązującymi przepisami prawa, co przejawia się we wprowadzeniu do wzorca Umowy nr 1 postanowienia, na mocy którego Wykonawca w kontrakcie typu „Buduj” ma obowiązek szczegółowego sprawdzenia dokumentacji projektowej przekazanej przez Zamawiającego i od tego momentu przejmuje ryzyko za całość dokumentacji projektowej nie pochodzącej od Wykonawcy, w szczególności ponosi skutki finansowe błędów w niej występujących, a także postanowienia o konieczności nieodpłatnego wykonania dodatkowych robót budowlanych wynikających z decyzji organów nadzoru budowlanego z przyczyn nieleżących po stronie Wykonawcy, co w konsekwencji zaburza równowagę stron umowy i prowadzi do naruszenia praw Wykonawcy;

**3)** art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353<sup>1</sup> kodeksu cywilnego w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie przez Zamawiającego do wzoru Umowy postanowień nieproporcjonalnych, niejednoznacznych i niezgodnych z prawem, naruszających bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzących do naruszenia praw podmiotowych wykonawców, a przejawiających się w obciążeniu Wykonawcy ryzykiem i skutkami przerw w robotach zaistniałych z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, co uniemożliwia Wykonawcy przyjęcie odpowiednich założeń kalkulacyjnych przy ocenie ekonomiczności kontraktu i sporządzaniu oferty, a w efekcie prowadzi do naruszenia praw Wykonawcy. Ponadto takie postanowienie oznacza, że złożone oferty będą nieporównywalne, gdyż Zamawiający nie ustalił wytycznych pozwalających na przyjęcie takich samych założeń przez każdego z oferentów;

**4)** art. 358<sup>1</sup> § 3 kodeksu cywilnego w związku z art. 5 kodeksu cywilnego i art. 353<sup>1</sup> kodeksu cywilnego oraz art. 58 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14, art. 139 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp poprzez wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i rażące uprzywilejowanie w treści Wzorca Umownego nr 1 pozycji Zamawiającego, wbrew zasadom współżycia społecznego, w sposób stanowiący nadużycie prawa, poprzez przerwienie na Wykonawcę ryzyka inflacyjnego w pełnym zakresie, a tym samym wyłączenie możliwości stosowania przepisów będących podstawą do sądowej zmiany umowy, tj. klauzuli *rebus sic stantibus* z art. 358<sup>1</sup> § 3 KC. W konsekwencji, oznacza to naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 29 ust. 2 Pzp poprzez naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a to przez zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w sposób umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji i wypełnienie obowiązków Inwestora związanych z przygotowaniem postępowania, w szczególności przez przerwienie wyłącznie na wykonawcę ryzyka inflacji w okresie realizacji umowy, w tym także w zakresie nieprzewidywalnym i nadzwyczajnym, regulowanym przez art. 358<sup>1</sup> § 3 KC.;

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści ogłoszenia i SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

#### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Ustalono, że odwołanie wniesiono zostało w ustawowym terminie. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu. Odwołujący uiszczył wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP. Odwołanie nie zawierało więc braków formalnych i podlegało merytorycznemu rozpoznaniu.

Skład orzekający Izby ustalił, iż do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przystąpił wykonawca **Mota-Engil Central Europe S.A. z siedzibą w Krakowie**. Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia.

Zamawiający w dniu 19 września 2019 roku złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił odwołanie i wnosił o umorzenie postępowania. Zamawiający poinformował, że dokona wnioskowanych zmian ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, w tym wzoru umowy. Wobec uwzględnienia zarzutów Zamawiający wnosił o umorzenie postępowania.

Powyższe oznacza, że postępowanie odwoławcze – stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 2 ustawy Pzp – należało umorzyć.

W sytuacji umorzenia postępowania w związku z uwzględnieniem zarzutów, ustawodawca nałożył na Zamawiającego obowiązek wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Zamawiający zatem zobowiązany jest do dokonania czynności, w taki sposób, który uczyni zadość postulatом postawionym w odwołaniu.

Skoro Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że po przeanalizowaniu stanowiska Odwołującego uznał w całości słuszność argumentacji Odwołującego i uwzględnił odwołanie, natomiast nie przystąpił do postępowania po stronie Zamawiającego żaden podmiot, który mógłby skorzystać z prawa do wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnionych zarzutów, to stwierdzić należy, że - stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu.

Zatem mając na uwadze, że:

1. Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu,
2. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie przystąpili wykonawcy

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia i rozprawy, zatem koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczanego przez Odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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 zmianami).

**Przewodniczący:**

.....