

POSTANOWIENIE
z dnia 6 listopada 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo
Członkowie: Aleksandra Patyk
Monika Szymanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 6 listopada 2019 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 października 2019 r. przez wykonawcę

Budimex Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez

Miasto Gliwice

przy udziale wykonawcy **Skanska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

postanawia:

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze,**
- 2. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Budimex Spółki Akcyjnej kwoty 20 000 złotych 00 groszy (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej uiszczony wpis.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019, poz. 1843) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gliwicach.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Gliwice prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie „Zachodniej Bramy Metropolii Silesia – Centrum Przesiadkowego w Gliwicach – roboty budowlane” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 16 października 2019 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 200-485061. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący – Budimex Spółka Akcyjna wniósł odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszenia o zamówieniu zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 5 i 353¹ 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 Prawo zamówień publicznych poprzez przyznanie Zamawiającemu w ramach wzoru umowy 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 w zw. z art. 31 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 i 11 lit. a) oraz art. 36a ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie pełnej i ważnej oferty oraz narzucenie wykonawcy obowiązków nadmiernych i sprzecznych z obowiązującymi przepisami prawa, które powodują niemożliwość oszacowania wzrost kosztów realizacji zamówienia, a także utrudniają zatrudnianie podwykonawców, co przejawia się we wprowadzeniu do wzoru umowy postanowień, na mocy których wykonawca ma obowiązek zawarcia w umowie podwykonawczej bezwarunkowego oświadczenia podwykonawcy o kumulatywnym przystąpieniu do długu wykonawcy w zakresie odpowiedzialności związanej z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązań (w tym zobowiązań związanych z udzieloną rękojmią lub gwarancją) wynikających z umowy w części objętej umową

o podwykonawstwo do kwoty wynikającej z umowy o podwykonawstwo, co w konsekwencji zwiększa w sposób nieokreślony koszt zatrudniania podwykonawców oraz prowadzi do naruszenia praw wykonawcy,

3. art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 5, art. 353¹ i 387 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 3a ustawy Prawo zamówień publicznych – 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:

a) obowiązkiem zatrudnienia na umowę o pracę osób wykonujących czynności wskazane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia na cały okres realizacji przedmiotu umowy, a nie na czas wykonywania czynności w ramach zamówienia, co powoduje, że wykonawca ma obowiązek zatrudniania tych osób na umowę o pracę również w okresie, w którym nie będą oni wykonywali czynności w ramach zamówienia,

b) ryzykiem kar umownych określonych w rażąco wysokich, nierynkowych kwotach, liczonych za opóźnienie, a nie zwłokę, z rażąco wysokim limitem kar na poziomie 50% wynagrodzenia umownego brutto w okresie budowy i 50% wartości brutto przedmiotu reklamacji w okresie rękojmi i gwarancji oraz ryzykiem odstąpienia przez Zamawiającego od umowy z winy wykonawcy gdy wykonawcy dwukrotnie naliczono kary umowne,

c) obowiązkiem udzielenia gwarancji jakości na oznakowanie poziome grubowarstwowe oraz urządzenia wynoszącej od 5 do 10 lat, co rażąco przekracza standardy rynkowe (dla większości urządzeń i oznakowania poziomego grubowarstwowego producenci udzielają maksymalnie 3-letniej gwarancji), a w przypadku niektórych urządzeń i oznakowania poziomego grubowarstwowego tak określony okres gwarancji i rękojmi przekracza okres żywotności takiego elementu przedmiotu umowy, prowadząc w praktyce do niekończącej się gwarancji jakości (a w przypadku urządzeń także do niekończącego się kosztu serwisowania ich przez wykonawcę), bo wykonawca będzie zmuszony do wymiany takich elementów w trakcie okresu gwarancji, co spowoduje zgodnie z art. 581 Kodeksu cywilnego, że okres gwarancji będzie biegł na nowo, a wykonawca w nowym okresie gwarancji będzie zmuszony znów wymieniać urządzenie i je dalej serwisować oraz wykonać na nowo oznakowanie poziome itd.

– które to obciążenia uniemożliwiają wykonawcy przyjęcie odpowiednich założeń kalkulacyjnych przy ocenie ekonomiczności kontraktu i sporządzaniu oferty, a w efekcie prowadzą do naruszenia praw wykonawcy. Ponadto takie postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oznaczają, że złożone oferty będą nieporównywalne, gdyż Zamawiający nie ustalił wytycznych pozwalających na przyjęcie takich samych założeń dla ww. wymogów przez każdego z oferentów.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

Kopię odwołania Zamawiający przekazał wykonawcom 29 października 2019 r., termin na przystąpienie upłynął więc 4 listopada 2019 r.

Przystąpienie po stronie Odwołującego zgłosił wykonawca Skanska S.A.

Do dnia wydania postanowienia nie zgłoszono przystąpień do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W odpowiedzi na odwołanie, pismem z 31 października 2019 r., Zamawiający oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty podniesione w odwołaniu i wykona czynności w postępowaniu zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu.

Zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych 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.

Izba uznała, że Zamawiający w całości uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu, zatem zachodzą przesłanki umożliwiające umorzenie postępowania odwoławczego i, zgodnie z przepisem art. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 5 ust. 1 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....