

Sygn. akt: KIO 698/16

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 11 maja 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Jolanta Markowska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 11 maja 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 kwietnia 2016 r. przez wykonawcę – **BUDIMEX S.A., ul. Stawki 40 01-040 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miejski Zarząd Dróg i Transportu w Częstochowie, ul. Popieluszki 4/6, 42-217 Częstochowa,**

**postanawia:**

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. dokonać zwrotu kwoty **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy - **BUDIMEX S.A., ul. Stawki 40 01-040 Warszawa** uiszczonej 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 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 Częstochowie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający: Miejski Zarząd Dróg i Transportu w Częstochowie prowadzi postępowanie o zamówienie publicznego pn. „Rozbudowa DK - 46 - ulicy Głównej i ulicy Przejazdowej wraz z budową obejścia ul. Św. Barbary do ul. Pułaskiego w Częstochowie, dla procedury Zaprojektuj i zbuduj”. Ogłoszenie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 kwietnia 2016 r. pod nr 2016/S 077-135642. Tego samego dnia na stronie internetowej Zamawiającego została opublikowana treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Odwołujący: BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie wobec nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu, m. in. poprzez:

- przyjęcie, że potwierdzeniem dokonania odbioru końcowego wykonanych robót jest bezusterkowy protokół odbioru końcowego, od którego podpisania Zamawiający uzależnia płatność wynagrodzenia wykonawcy oraz
- niedookreślenie zakresu możliwych do dokonywania zmian w stosunku do zakresu i rozwiązań przyjętych w Programie funkcjonalno - użytkowym,

tj. wobec zapisów SIWZ wskazanych w części wstępnej oraz w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 29 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp oraz art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 647 k.c. w zw. z art. 14 Pzp, poprzez nieuwzględnienie przy opisie przedmiotu zamówienia wszystkich wymagań związanych z wykonaniem przedmiotu zamówienia i okoliczności mogących mieć wpływ na realizację zamówienia, co doprowadziło do zamieszczenia we wzorze umowy wymogu potwierdzenia dokonania odbioru końcowego przedmiotu zamówienia, poprzez podpisanie przez Inżyniera Kontraktu bezusterkowego protokołu odbioru końcowego i jednocześnie do uzależnienia płatności wynagrodzenia od podpisania bezusterkowego protokołu odbioru, w sytuacji gdy wykonanie robót budowlanych z drobnymi usterkami lub wadami nieistotnymi nie stanowi o niewykonaniu zobowiązania umownego wykonawcy i jednocześnie w świetle przepisów Kodeksu cywilnego rodzi po stronie zamawiającego obowiązek dokonania odbioru końcowego, a co za tym idzie postanowienia umowne wprowadzone przez Zamawiającego pozostają w sprzeczności z naturą stosunku zobowiązaniowego i jako takie winny być uznane za nieważne na podstawie art. 58 § 2 k.c., co jednocześnie stanowi naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp w zw. z art. 5 k.c. i art. 58 § 2 k.c. i w zw. z art. 14 Pzp, stanowiąc w istocie nadużycie przysługującego zamawiającemu prawa do kształtowania zapisów wzoru umowy w sposób zgodny z jego potrzebami,

2. art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez niejednoznaczne, niewyczerpujące

i nieuwzględniające wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, poprzez wprowadzenie do SIWZ wzajemnie sprzecznych zapisów odnoszących się do zakresu możliwych do wprowadzenia zmian do założeń projektowych wynikających m. in. z PFU, w tym zapisów wskazujących na możliwość wprowadzenia zmian odmiennych od tych określonych wprost w zapisach PFU, co prowadzić będzie do nieporównywalności złożonych ofert.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmodyfikowania zapisów SIWZ - wzoru umowy, poprzez:

1. zmianę zapisu wzoru umowy wskazanego w § 12 ust. 7 pkt 4, poprzez skreślenie słowa „bezusterkowy”,
2. zmianę zapisu § 12 ust. 10 pkt 2, poprzez wskazanie, że „w przypadku stwierdzenia podczas odbioru (niezależnie od rodzaju odbioru), wad nieistotnych, które nadają się do usunięcia - Zamawiający dokonuje odbioru robót, wyznaczając Wykonawcy odpowiedni termin do ich usunięcia.”,
3. zmianę zapisu § 1 ust. 3 wzoru umowy, poprzez wskazanie, że „Szczegółowy opis i zakres rzeczowy przedmiotu zamówienia przedstawiony został w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia („SIWZ”) oraz Programie funkcjonalno-użytkowym (PF-U). Zamawiający dopuszcza optymalizację rozwiązań projektowych, w zakresie w jakim określone to zostało w PF-U, pod warunkiem zachowania w zakresie tych zmian ustaleń decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach realizacji inwestycji oraz dokumentów aplikacyjnych projektu,
4. załączenie do SIWZ kopii decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach realizacji inwestycji oraz dokumentów aplikacyjnych projektu.

Zamawiający pismem z dnia 9 maja 2016 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w całości zarzuty zawarte w odwołaniu. Zamawiający zobowiązał się do wykonania czynności w prowadzonym postępowaniu, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, tj. dokonania zmiany treści SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu, poprzez:

- zmianę § 12 ust. 7 pkt 4 Załącznika nr 10 do SIWZ – wzór umowy - poprzez skreślenie słowa „bezusterkowy”,
- zmianę § 12 ust. 10 pkt 2 załącznika nr 10 do SIWZ – wzór umowy – poprzez nadanie mu brzmienia: „ wad nieistotnych, które nadają się do usunięcia – Zamawiający dokonuje odbioru robót, wyznaczając wykonawcy odpowiedni termin do ich usunięcia”,
- zmianę § 1 ust. 3 Załącznika nr 10 do SIWZ – wzór umowy - poprzez nadanie mu brzmienia: „Szczegółowy opis i zakres rzeczowy przedmiotu zamówienia przedstawiony został w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia („SIWZ”) oraz Programie funkcjonalno-użytkowym (PF-U). Zamawiający dopuszcza optymalizację rozwiązań projektowych, w zakresie w jakim określone to zostało w PF-U, pod

warunkiem zachowania w zakresie tych zmian ustaleń decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach realizacji inwestycji oraz dokumentów aplikacyjnych projektu”.

- załączenie do SIWZ kopii decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach realizacji inwestycji oraz dokumentów aplikacyjnych projektu.

Zamawiający wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego.

Pismem z dnia 5 maja 2016 r. Zamawiający wyjaśnił, że kopię odwołania zamieścił na własnej stronie internetowej w dniu 2 maja 2016 r. w sprawie KIO 698/16. W terminie ustawowym wynikającym z art. 185 ust. 2 Pzp nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego żaden wykonawca.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 186 ust. 2 Pzp, uwzględniając okoliczność, iż do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie nie zgłosił przystąpienia po stronie Zamawiającego żaden wykonawca, postanowiła postępowanie odwoławcze umorzyć.

Izba orzekła o kosztach postępowania odwoławczego stosownie do art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....