

Sygn. akt: KIO 2509/19

POSTANOWIENIE
z dnia 17 grudnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 17 grudnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 grudnia 2019 r. przez wykonawcę – **SKANSKA S.A.** z siedzibą w Warszawie przy ul. Alei Solidarności 173 (00-877 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Miasto Katowice** z siedzibą w Katowicach przy ul. Młyńskiej 4 (40-098 Katowice)

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze;
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 20 000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy **SKANSKA S.A.** z siedzibą w Warszawie, stanowiącej uiszczony wpis 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 w Katowicach.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Miasto Katowice zwane dalej: „zamawiającym”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – *Prawo zamówień publicznych* (t.j. - Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej: „Pzp” pn. *Budowa układu drogowego z podziałem na odcinki realizacyjne: Etap 1 - odc. od ul. Szopienickiej do ulicy Gospodarczej w ramach zadania: „Przygotowanie terenów pod budownictwo mieszkaniowe przy ul. Gospodarczej”* (nr referencyjny: BZP.271.1.132.2019), zwane dalej: „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 listopada 2019 r., pod numerem 2019/S 229-561227.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Wykonawca SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie zwany dalej: „odwołującym” w dniu 9 grudnia 2019 r. wniósł odwołanie na treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej zwanej: „SIWZ”) w tym stanowiącego jej integralną część jako załącznik nr 3 Wzoru umowy.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że opisane niżej postanowienia SIWZ naruszają następujące przepisy prawa:

- 1) art. 36 ust. 1 pkt 16) Pzp w zw. z art. 5 i art. 353¹ kodeksu cywilnego oraz art. 647 k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp – przez zamieszczenie w załączniku nr 3 do SIWZ Wzór umowy w § 12 ust. 6 zdanie pierwsze wymogu usunięcia wszelkich „nieprawidłowości, usterek, uchybień” , bez względu na to czy będą mieć one charakter istotny czy też nieistotny, przed odbiorem końcowym, 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;
- 2) art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3), 16) Pzp oraz art. 5 i art. 353¹ kodeksu cywilnego w zw. z art. 578 kodeksu cywilnego w zw. z art. 638 § 2 i art. 656 kodeksu cywilnego w zw. z art. 647 kodeksu cywilnego oraz art. 139 ust. 1 Pzp – przez bezprawne (niezgodne z Pzp, kodeksem cywilnym i naturą stosunku zobowiązaniowego w postaci umowy o roboty budowlane, a także zasadami współżycia społecznego) zamieszczenie w załączniku nr 3 do SIWZ „Wzór umowy” w § 14 ust. 3 obowiązku usunięcia wszelkich wad ujawnionych w okresie gwarancji bez względu na przyczynę ich powstania (z wyłączeniem normalnego zużycia), a tym

samym zaniechaniem sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie zrozumiałych i dokładnych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz narzucenie wykonawcom nadmiernych, niedoprecyzowanych obowiązków, przy jednoczesnym przerzuceniu na nich bliżej niezidentyfikowanych i niemożliwych do zidentyfikowania ryzyk - co w konsekwencji prowadzi do obejścia w/w przepisów;

- 3) art. 7 ust. 1 Pzp prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W związku z postawionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji treści postanowień SIWZ, a w szczególności Wzoru umowy (załącznik nr 3 do SIWZ) w następujący sposób:

- 1) przez nadanie §12 ust. 6 Wzoru umowy następującej treści:

6. Jeżeli do dnia zakończenia odbioru końcowego Wykonawca nie dokonał uzupełnień braków w dokumentacji powykonawczej lub kosztorysie powykonawczym, albo nie usunął nieprawidłowości, usterek, uchybień o charakterze istotnym tj. uniemożliwiającym użytkowanie przedmiotu umowy zgodnie z przeznaczeniem w przedmiocie odbioru stwierdzonych przez Zamawiającego, wówczas Zamawiającemu przysługuje prawo odmowy odbioru końcowego do czasu wywiązania się Wykonawcy z nałożonych zobowiązań w okresie odbioru. (...);

- 2) przez wykreślenie §14 ust. 3 ze Wzoru umowy.

Zamawiający zamieścił kopię odwołania na swojej stronie internetowej oraz na platformie zakupowej w dniu 10 grudnia 2019 r. Do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Zamawiający przed otwarciem posiedzenia Izby w dniu 16 grudnia 2019 r. przekazał odpowiedź na odwołanie podpisaną kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez Prezydenta Miasta Katowice, w której oświadczył, że po analizie odwołania stwierdził, iż „uwzględnia zarzuty odwołującego i zmienia zapisy załącznika nr 3 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia”. Ponadto w treści odpowiedzi na odwołanie zamawiający podał jak zmieni treść §12 ust. 6 Wzoru umowy oraz wskazał, że wykreśli postanowienia zawarte w ust. 3 §14 Wzoru umowy.

Zgodnie z art. 186 ust. 2 Pzp - *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 ustaliła, że w niniejszej sprawie zaistniał stan faktyczny wskazany w powyższej normie prawnej, tj. zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania w całości, a do postępowania po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W związku z tym Izba umorzyła postępowanie odwoławcze. Natomiast dalsze czynności, które zamawiający podjął lub podejmie w celu uczynienia zadość żądaniom odwołania, pozostają w postępowaniu poza oceną Izby w związku z ustaleniem zaistnienia przesłanki umorzenia postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 192 ust. 1 Pzp o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Orzeczenie Izby w rozpatrywanej sprawie w żadnym zakresie nie miało charakteru merytorycznego, zatem przybrało postać postanowienia.

W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. 186 ust. 2 zd. 1 i art. 192 ust. 1 zd. 2 Pzp, postanowiła jak w pkt 1 sentencji przedmiotowego orzeczenia.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 1) Pzp, uznając, że znoszą się one wzajemnie. Jednocześnie, mając na względzie fakt, iż uwzględnienie przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości nastąpiło przed otwarciem rozprawy, Izba nakazała dokonanie na rzecz odwołującego zwrotu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 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: