

POSTANOWIENIE
z dnia 7 listopada 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron w dniu **7 listopada 2019 r.**, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **28 października 2019 r.** przez wykonawcę **Strabag Sp. z o.o., z siedzibą w Pruszkowie,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Urząd Morski w Słupsku,**

przy udziale wykonawcy **A. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe „Hydrobud” A. D., Ustronie Morskie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

postanawia:

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze.**

- 2. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Strabag Sp. z o.o., z siedzibą w Pruszkowie kwoty 20 000,00 złotych (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) 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 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 Słupsku.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Urząd Morski w Słupsku (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej „ustawa Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Przebudowa wraz z rozbudową istniejącego systemu umocnień brzegowych na wysokości miejscowości Mielno”; dalej „Postępowanie”.

W dniu 28 października 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Strabag Sp. z o.o., z siedzibą w Pruszkowie (dalej „Odwołujący”) zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- (1) art. 14 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z 387 § 1 kc, art. 353¹ kc, gdyż Zamawiający przewidział niemożliwy do dotrzymania termin realizacji zamówienia, który jest określony sztywną datą niezależnie od tego kiedy faktycznie dojdzie do podpisania umowy i niezależnie od warunków pogodowych warunkujących wykonanie robót. Zamawiający ustalił sztywny termin zakończenia przedmiotu umowy do dnia 30 grudnia 2020r. Czas ten obejmuje nie tylko realizację robót ale również projektowanie, uzyskanie pozwoleń na rozpoczęcie robót (pozwolenie na budowę) jak i użytkowanie przedmiotu umowy. Przy takim przedmiocie umowy czas wykonywania robót jest faktycznie ograniczony do dwóch miesięcy co jest terminem nierealnym;
- (2) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 22d ustawy Pzp w zw. z § 2 ust. 4 pkt 1 i § 2 ust. 5 pkt 1) rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z dnia 26 lipca 2016r. (dalej: Rozporządzenie ws. Dokumentów) poprzez ustalenie w pkt 7.2.3.1 SIWZ warunków udziału w postępowaniu:
 - niezapewniających odpowiedniego poziomu konkurencji z uwagi na ustalenie zbyt krótkiego czasu (nieproporcjonalnego), który pozwala na wykazanie się odpowiednim poziomem doświadczenia (wykazanie zdolności technicznej lub zawodowej). Zamawiający dopuścił możliwość wykazania się doświadczeniem za ostatnie 5 lat przed złożeniem ofert, gdy w tym czasie, krąg podmiotów wykonujących roboty w

zakresie ostróg i opasek brzegowych o wartości 8 mln zł ogranicza się do 2 (dwóch) podmiotów, które mogłyby złożyć ofertę w niniejszym postępowaniu;

- niezapewniających odpowiedniego poziomu konkurencji z uwagi na ustalenie zbyt wysokiej kwoty (nieproporcjonalnej) referencyjnych robót budowlanych wykonanych w ostatnich 5 latach przed terminem złożenia ofert. W zakresie ostróg brzegowych w ostatnich 5 latach w Polsce wykonano 4 inwestycji o wartości powyżej 8 mln zł, zaś w przypadku opasek brzegowych wykonano w Polsce 6 inwestycji o wartości powyżej 8 mln. zł.;

(3) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 139 ustawy Pzp w zw. z art. 647 kc poprzez przyznanie Zamawiającemu w § 8 ust. 2 pkt 2) wzoru Umowy prawa do odmowy dokonania odbioru końcowego, a w istocie prawa do odmowy potwierdzenia gotowości do odbioru końcowego do czasu usunięcia wad w każdym wypadku wystąpienia wad nawet, jeżeli wady mają charakter nieistotny. Zgodnie z art. 647 kc inwestor (Zamawiający) ma obowiązek dokonania odbioru i może uchylić się od tego obowiązku tylko w przypadku, gdy przedmiot umowy obciążony jest wadami istotnymi. W przypadku wystąpienia wad nieistotnych inwestor (Zamawiający) jest obowiązany dokonać odbioru końcowego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany treści SIWZ, załącznika nr 3 do SIWZ wzór umowy w sposób opisany poniżej:

(i) Wydłużenie terminu realizacji przedmiotu umowy tak aby w zakresie robót budowlanych był on nie krótszy niż 24 miesiące. Jednocześnie zmiana sposobu obliczania terminu realizacji robót budowlanych poprzez rezygnację ze wskazania konkretnej daty kalendarzowej i zamianę na datę liczoną od dnia uzyskania wykonanej decyzji o pozwoleniu na budowę lub data liczona od dnia zawarcia umowy. Dodatkowo powinien zostać wyeliminowany zapis o maksymalnym terminie przedłużenia terminu zakończenia robót budowlanych. Przy uwzględnieniu takiej zmiany treść SIWZ oraz załącznika nr 3 do SIWZ wzór umowy byłaby następująca:

SIWZ - pkt 5.1 ppkt 3) termin zakończenia robót budowlanych - 14 miesięcy od dnia uzyskania wykonanej decyzji o pozwoleniu na budowę (termin zakończenia robót budowlanych może ulec zmianie na zasadach określonych w pkt 22.5.1 SIWZ oraz w § 12 ust. 1 pkt 1 Umowy) ewentualnie

SIWZ - pkt 5.1 ppkt 3) termin zakończenia robót budowlanych - 24 miesięcy od dnia zawarcia umowy (termin zakończenia robót budowlanych może ulec zmianie na zasadach określonych w pkt 22.5.1 SIWZ oraz w § 12 ust. 1 pkt 1 Umowy).

Załącznik nr 3 do SIWZ wzór umowy

§ 2 ust. 1 pkt 3) termin zakończenia robót budowlanych - 14 miesięcy od dnia uzyskania wykonalnej decyzji o pozwoleniu na budowę (termin zakończenia robót budowlanych może ulec zmianie na zasadach określonych w pkt 22.5.1 SIWZ oraz w § 12 ust. 1 pkt 1 Umowy) ewentualnie

§ 2 ust. 1 pkt 3) termin zakończenia robót budowlanych - 24 miesięcy od dnia zawarcia umowy (termin zakończenia robót budowlanych może ulec zmianie na zasadach określonych w pkt 22.5.1 SIWZ oraz w § 12 ust. 1 pkt 1 Umowy).

(ii) Zmiana pkt 7.2.3.1 SIWZ w sposób zapewniający odpowiednią konkurencję poprzez:

a) Zmianę zgodnie z § 2 ust. 5 pkt 1 Rozporządzenia ws. Dokumentów poprzez dopuszczenie aby wykaz robót budowlanych obejmował roboty wykonane w okresie dłuższym niż 5 lat przed upływem terminu składania ofert tj. minimum 8 lat przed terminem składania ofert

b) zmianę wymogu legitymowania się doświadczeniem w budowie ostróg brzegowych na doświadczenie w wykonywanie morskich budowli hydrotechnicznych w zakresie, których wchodziło wykonywanie robót polegających na pogłębianiu pali metodą katarową lub dopuszczenie jako roboty referencyjnych robót dotyczących falochronów

c) zmiana wartości robót referencyjnych poprzez obniżenie wartości robót referencyjnych do kwoty 4.000.000 zł (cztery miliony złotych).

Przy uwzględnieniu takiej zmiany treść pkt 7.2.3.1 SIWZ powinna być następująca 7.2.3.1 wykaże się, że wykonał w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 3 (trzy) roboty budowlane w zakresie morskich budowli hydrotechnicznych, w tym minimum 1 (jedną) robotę polegającą na budowie budowli hydrotechnicznej polegającą na pogłębianiu pali metodą katarową lub minimum 1 (jedną) robotę polegającą na budowie, przebudowie lub remoncie opaski brzegowej lub minimum 1 (jedną) robotę polegającą na budowie, przebudowie lub remoncie falochronu w rozumieniu rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 1 czerwca 1998 r. w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać budowle hydrotechniczne i ich usytuowanie (Dz. U. 1998 nr 101 poz. 645), o wartość (wartość dotyczy odrębnie każdej roboty) minimum 4.000.000 zł (cztery miliony złotych) brutto każda robota (roboty wykonane w ramach jednej umowy (kontraktu) Zamawiający rozumie jako jedną robotę budowlaną); oraz

(iii) Zmiana w § 8 ust. 2 pkt 2) lit. a) załącznika nr 3 do SIWZ wzoru umowy powinna wskazywać, że Zamawiający jest obowiązany przystąpić do odbioru końcowego (potwierdzić zakończenie robót budowlanych), a następnie dokonać odbioru końcowego jeżeli nie ma

wad istotnych. Stwierdzone w toku odbioru wady nieistotne powinny zostać usunięte w terminie ustalonym przez strony. Po uwzględnieniu zmiany treść SIWZ - wzoru umowy powinna być następująca:

§8 ust. 2 pkt 2) lit a) dokonuje się po całkowitym zakończeniu wszystkich robót składających się na przedmiot umowy na podstawie oświadczenia kierownika budowy oraz innych czynności przewidzianych przepisami ustawy Prawo budowlane, potwierdzonych przez Zamawiającego, potwierdzenie takie następuje po usunięciu wad istotnych stwierdzonych przez Zamawiającego, w przypadku występowania jedynie wad nieistotnych Zamawiający jest zobowiązany co potwierdzenia zakończenia robót budowlanych i przystąpienia do odbioru. Jednocześnie ze zgłoszeniem przez Wykonawcę gotowości do odbioru końcowego robót, Wykonawca przedłoży Zamawiającemu kompletną dokumentację powykonawczą. Odbiór końcowy zostanie rozpoczęty w terminie 3 dni od daty pisemnego zgłoszenia zakończenia robót przez Wykonawcę. Odbiór końcowy będzie zakończony w terminie 21 dni od daty zgłoszenia. Zamawiający jest zobowiązany do dokonania odbioru końcowego jeżeli nie stwierdzono wad istotnych, stwierdzone w trakcie odbioru wady nieistotne zostaną usunięte w terminie ustalonym przez strony.

Izba ustaliła, że w przedmiotowej sprawie w terminie 3 dni od wezwania Zamawiającego, to jest w dniu 4 listopada 2019 roku, do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca A. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe „Hydrobud” A. D. (dalej „Przystępujący”).

W dniu 4 listopada 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołania Zamawiającego, w której oświadczył, iż uwzględni w całości odwołanie wniesione przez wykonawcę Strabag Sp. z o.o.

W dniu 6 listopada 2019 r. Przystępujący złożył pismo, w którym oświadczył, iż nie wnosi sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego i wnosi o umorzenie postępowania.

Zatem, w związku z faktem, że wykonawca Przystępujący do postępowania po stronie Zamawiającego nie wniósł sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, postępowanie odwoławcze – stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych – należało umorzyć.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem rozprawy, zatem koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 2 lit. b) 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 lit. a) 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 (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 972 ze zm.).

Przewodniczący:.....