

POSTANOWIENIE

z dnia 1 września 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu **1 września 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 sierpnia 2011 r. przez wykonawcę: **Hydrobudowa Gdańsk Spółka Akcyjna, 80-264 Gdańsk, ul. Grunwaldzka 135** – w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Urząd Morski w Słupsku, 76-200 Słupsk, al. Sienkiewicza 18**

postanawia:

- 1. Umorzyć postępowanie odwoławcze.**
- 2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Hydrobudowy Gdańsk Spółki Akcyjnej z siedzibą w Gdańsku kwoty 20000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) – uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. 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

Zamawiający – Urząd Morski w Słupsku – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. *Ochrona brzegów morskich na wschód od Portu Darłowo* (nr sprawy: ZP 3510/I/23/10).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2011/S_135-224296 z 16 lipca 2011 r., z tym że 12 lipca 2011 r. Zamawiający przekazał to ogłoszenie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej oraz zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie i na swojej stronie internetowej (www.umsl.gov.pl), na której udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej zwaną w skrócie „s.i.w.z.”).

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa niż kwoty wskazane w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie przepisu art. 11 ust. 8 pzp.

18 sierpnia 2011 r. Hydrobudowa Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) – na zaniechanie przez Zamawiającego wykonania czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu Hydrobudowy Gdańsk S.A. z 25 lipca 2011 r., pomimo uwzględnienia w całości zarzutów tego odwołania w trybie art. 186 ust. 2 pzp, co stało się podstawą umorzenia przez Krajową Izbę Odwoławczą postępowania odwoławczego postanowieniem z 8 sierpnia 2011 r. wydanym w sprawie sygn. akt KIO 1596/11.

Odwołujący zarzucił, po pierwsze, iż pomimo uwzględnienia w całości zarzutów odwołania Zamawiający dokonał modyfikacji s.i.w.z. poprzez wprowadzenie zapisów niezgodnych z żądaniem Wykonawcy w zakresie dopuszczalności zastosowania przez Wykonawcę materiałów, rozwiązań, technologii etc. równoważnych do wskazanych w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (STWiORB), oraz nie dokonał uzupełnienia STWiORB o wskazanie kluczowych parametrów równoważności dla wszystkich podstawowych materiałów konstrukcyjnych w rozumieniu funkcjonalności dla zadania inwestycyjnego. Zamawiający dokonał natomiast modyfikacji s.i.w.z. poprzez wprowadzenie w treści § 1 Wzoru Umowy pkt. 1.8 o treści: *Zamawiający dopuszcza zastosowanie materiałów i urządzeń innych niż przewidziane w dokumentacji projektowej oraz STWiORB z zachowaniem tych samych technologii wykonania, parametrów oraz właściwości technicznych i jakościowych* oraz pkt. 1.9 o treści: *Zgodnie z art. 30 ust. 4 i 5 ustawy PZP Zamawiający dopuszcza zastosowanie przez Wykonawcę rozwiązań*

równoważnych w stosunku do norm, aprobat, specyfikacji technicznych bądź systemów odniesienia wskazanych bezpośrednio lub pośrednio w opisie przedmiotu zamówienia.

Po drugie, Odwołujący zarzucił, iż pomimo uwzględnienia całości zarzutów odwołania Zamawiający nie dokonał modyfikacji s.i.w.z. zgodnie z żądaniem Wykonawcy tj. nie dokonał wykreślenia treści § 3.2, 3.3 oraz 3.6 Wzoru Umowy (Załącznika nr 9 do s.i.w.z.) oraz zmiany treści § 3.7 Wzoru Umowy – poprzez wprowadzenie w miejsce dotychczasowego, zapisu w brzmieniu: *Wykonawca zapewni, aby w umowach zawartych z Podwykonawcami zamieszczona została Klauzula dotycząca zabezpieczenia należytego wykonania Umowy, co najmniej w zakresie, w jakim zostało ono uwzględnione w dalszych postanowieniach niniejszej Umowy. Ponadto, w każdej umowie o roboty budowlane zawieranej przez Wykonawcę z Podwykonawcą muszą zostać zawarte postanowienia wskazujące na konieczność, w przypadku zamiaru dalszego podzlecenia, przestrzegania procedury opisanej w art. 647¹ KC. Zamiast tego Zamawiający wprowadził do Wzoru Umowy zapisy o treści następującej: 3.3. Zamawiający nie wyrazi zgody na zlecenie robót w stosunku do Podwykonawców: 3.3.1. którzy wyrządzili szkodę, nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, jeżeli szkoda ta została stwierdzona orzeczeniem sądu, które uprawomocniło się w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania; 3.3.2. z którymi zamawiający rozwiązał albo wypowiedział umowę w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego, z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność; 3.3.3. w stosunku do których otwarto likwidację lub których upadłość ogłoszono; 3.3.4. którzy zalegają z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, z wyjątkiem przypadków gdy uzyskali oni przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie, rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu; 3.3.5. podwykonawców – osoby fizyczne, które prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego; 3.3.6. podwykonawców – spółki jawne, których wspólnika prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub*

przestępstwa skarbowego; 3.3.7. podwykonawców – spółki partnerskie, których partnera lub członka zarządu prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego; 3.3.8. podwykonawców – spółki komandytowe oraz spółki komandytowo-akcyjne, których komplementariusza prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego; 3.3.9. podwykonawców osoby prawne, których urzędującego członka organu zarządzającego prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub Inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego; 3.3.10. podwykonawców – podmioty zbiorowe, wobec których sąd orzekł zakaz ubiegania się o zamówienia na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary.

W związku z tym Odwołujący zarzucił, iż nie wypełniając powyższych żądań odwołania z 25 lipca 2011 r., względnie również w tym odwołaniu alternatywnie podniesionego żądania unieważnienia przedmiotowego postępowania przetargowego w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp, z uwagi na zaistnienie wady prawnej postępowania prowadzącej do niemożliwości zawarcia ważnej umowy – Zamawiający naruszył przepis art. 186 ust. 2 pzp, na mocy którego zobowiązany jest do wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, a także naruszył przepisy: art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 3, art. 30 ust. 4, art. 31 ust. 1 ustawy pzp, a także Dyrektywy 2004/18/WE (w zakresie zarzutu pierwszego) oraz art. 7 ust. 1 pzp oraz art. 647¹ Kodeksu cywilnego (w zakresie zarzutu drugiego).

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wypełnienia w całości żądań Odwołania z dnia 25 lipca 2011 r., zgodnie z uwzględnionymi w całości jego zarzutami, bądź

alternatywnie unieważnienie przedmiotowego postępowania przetargowego w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 6 pzp, wobec zaistnienia wady prawnej postępowania prowadzącej do niemożliwości zawarcia ważnej umowy.

Zamawiający poinformował, iż 19 sierpnia 2011 r. zawiadomienie o wniesionym odwołaniu wraz z jego kopią zamieścił na swojej stronie internetowej, wzywając wykonawców do przyłączenia się do postępowania odwoławczego.

30 sierpnia 2011 r. (pismem z tej daty) Zamawiający wniósł do Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie – oświadczając, iż *uznał zarzuty Odwołującej w całości* i tego dnia dokonał modyfikacji postanowień s.i.w.z. Po pierwsze – w zakresie dopuszczalności zastosowania przez Wykonawcę materiałów, rozwiązań, technologii etc. równoważnych do wskazanych w STWiORB, przez nadanie pkt. 3.5. s.i.w.z. oraz § 1.8 Wzoru Umowy brzmienia: *Zamawiający dopuszcza zastosowanie przez Wykonawcę materiałów, rozwiązań, technologii etc. Równoważnych do wskazanych w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (STWiORB).* Zamawiający wskazał nadto, iż 30 sierpnia 2011 r. udzielił następujących wyjaśnień na temat postanowień s.i.w.z. w zakresie równoważności materiałów konstrukcyjnych: *Zamawiający w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych dokonał opisu podstawowych materiałów konstrukcyjnych poprzez wskazanie ich parametrów technicznych, nie używając przy tym do opisu zabronionych przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, znaków towarowych, patentów lub informacji w zakresie ich pochodzenia. W związku z tym Wykonawca, aby zapewnić funkcjonalność materiałów konstrukcyjnych zgodną z przedmiotem zadania inwestycyjnego powinien zastosować elementy konstrukcyjne zgodne ze wskazanym w STWiORB parametrami technicznymi. Zamawiający nie stawia w tym zakresie żadnych dodatkowych wymagań.* Po drugie – w zakresie podwykonawstwa, przez usunięcie postanowień § 3.2., 3.3. i 3.6. Wzoru Umowy oraz nadanie jego § 3.7. następującego brzmienia: *Wykonawca zapewni, aby w umowach zawartych z Podwykonawcami zamieszczona została klauzula dotycząca zabezpieczenia należytego wykonania umowy, co najmniej w zakresie, w jakim zostało ono uwzględnione w dalszych postanowieniach niniejszej umowy. Ponadto, w każdej umowie o roboty budowlane zawieranej przez Wykonawcę z Podwykonawcą muszą zostać zawarte postanowienia wskazujące na konieczność, w przypadku zamiaru dalszego podzlecenia, przestrzegania procedury opisanej w art. 647¹ KC.*

30 sierpnia 2011 r. Odwołujący przesłał do Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na powyższe stanowisko Zamawiającego, wskazując, że o ile w zakresie dotyczącym

podwykonawstwa jest ono zgodne z żądaniami odwołania z 18 sierpnia 2011 r., o tyle w pozostałym zakresie Zamawiający nadal nie wykonał w całości żądania Odwołującego wskazanego pierwotnie w odwołaniu z 25 lipca 2011 r., a następnie w odwołaniu z 18 sierpnia 2011 r., gdyż Zamawiający w treści STWiORB nadal nie wskazał kluczowych parametrów równoważności dla wszystkich podstawowych materiałów konstrukcyjnych w rozumieniu ich funkcjonalności, które są niezbędne dla zapewnienia możliwości ewentualnego zastosowania przez wykonawców materiałów równoważnych.

31 sierpnia 2011 r. o godz. 15:59 Zamawiający przesłał do Krajowej Izby Odwoławczej drugą odpowiedź na odwołanie (pt. *Pismo Zamawiającego odpowiedź na pismo Odwołującego*), w której oświadczył, iż w odpowiedzi na odwołanie z 18 sierpnia 2011 r. oraz pismo z 30 sierpnia 2011 r. – *uznał zarzuty Odwołującej w całości* i w dniu 31 sierpnia 2011 r. dokonał modyfikacji postanowień treści Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych. Zamawiający przedstawił tabelę, w której odrębnie dla: *I. Wału przeciwsztormowego na mierzei Jeziora Kopań, II. Falochronów brzegowych w Darłowie zlokalizowanych na wschód od portu o dł. 1330 mb. oraz III. Odbudowy zespołu ostróg brzegowych w Darłowie*, wskazał dla wyszczególnionych tam *podstawowych materiałów konstrukcyjnych – następujący opis parametrów równoważności.*

Ad. I.

1. *Geowłóknina II – Geowłóknina, masa powierzchniowa: 400 g/m²*
2. *Narzut rozpraszający – typu gwiazdoblok, min. ciężar: 0,75t (750 kg)*
3. *Narzut kamienny I – naturalna skała łamana, min. ciężar bloku: 0,5 kN (50 kg), min. ciężar właściwy: 2,65 g/cm³*
4. *Narzut kamienny II – naturalna skała łamana, min. ciężar bloku: 1,0 kN (100 kg), min. ciężar właściwy: 2,65 g/cm³*
5. *Mata wierzbowa – min. grubość: 15 cm, prasowana hydraulicznie o włóknach ułożonych naprzemiennie*

Ad. II.

1. *Narzut kamienny I – naturalna skała łamana, min. ciężar bloku: 8,00-12,00 kN, min. ciężar właściwy: 2,65 g/cm³*
2. *Narzut kamienny II – naturalna skała łamana, min. ciężar bloku: 0,5-2,00 kN (100 kg), min. ciężar właściwy: 2,65 g/cm³*
3. *Narzut kamienny III – naturalna skała łamana, min. ciężar bloku: 20-40,00 kg + kliniec (0,2-0,4 kN + kliniec), min. ciężar właściwy: 2,65 g/cm³*

Ad. III.

1. *Pale drewniane ostróg – drewno sosnowe nieodżywiczone, zgodne z BN-62/9011-01,*

Ø 0,25-0,40 m

2. *Elementy konstrukcyjne (np. kleszcze głowicy ostróg) – drewno sosnowe nieodżywiczone, zgodne z BN-62/9011-01.*

1 września 2011 r. na posiedzeniu z udziałem Stron, Odwołujący oświadczył, iż stanowisko Zamawiającego zawarte w odpowiedzi na odwołanie z 30 sierpnia 2011 r. wraz ze zmianami tego stanowiska wynikającymi z pisma z 31 września 2011 r. – uważa za uwzględnienie w całości zarzutów odwołania z 18 sierpnia 2011 r.

Izba ustaliła, że do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego (art. 185 ust. 2 ustawy pzp).

Skład orzekający Izby zważył, iż z łącznie rozpatrywanych pism Zamawiającego z 30 i 31 sierpnia 2011 r. w sposób jednoznaczny wynika uznanie w całości zarzutów odwołania z 18 sierpnia 2011 r., w stosunku do których Zamawiający nie wykonał żądań Odwołującego z uprzednio wniesionego odwołania z 25 lipca 2011 r., pomimo formalnego uwzględnienia zarzutów tego odwołania w całości, co stało podstawą do umorzenia poprzedniego postępowania odwoławczego toczącego się pomiędzy tymi samymi Stronami.

Wobec stwierdzenia, iż Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a po stronie Zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 2 w zw. z art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych – umorzyła postępowanie odwoławcze. Z uwagi na przebieg niniejszego, a także poprzedniego postępowania odwoławczego, skład orzekający Izby uznał jednak za celowe dopuścić do udziału w posiedzeniu zainteresowane Strony.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, iż ponieważ uwzględnienie w całości zarzutów odwołania nastąpiło przed rozpoczęciem posiedzenia, z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie zwrotu Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 15 marca 2010 r. 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).

Przewodniczący: