

Sygn. akt: KIO 2215/18

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 6 listopada 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Anna Wojciechowska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w Warszawie w dniu 6 listopada 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 października 2018 r. przez **wykonawcę SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie**

**postanawia:**

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze;**
- 2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz.1579, 2018) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

**Przewodniczący: .....**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *Połączenie drogowego węzła autostradowego A-4 Bochnia z DK nr 94 - etap 1*” (nr ref. ZDW-DN-4-271-87/18). Postępowanie zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 17 października 2018 r. za numerem 2018/S 200-453498. Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, 2018 zwanej dalej „ustawą pzp”).

W dniu 29 października 2018 r. odwołanie wniósł wykonawca SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie – dalej Odwołujący. Odwołanie zostało wniesione wobec postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia tj.:

1. Opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niepełny i niejednoznaczny za pomocą niepełnej dokumentacji projektowej, która nie zawiera następujących koniecznych elementów:

- a) specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych dla wszystkich branż;
- b) projektów wykonawczych dla branży drogowej;
- c) projektu nasadzeń/ zieleni;
- d) projektu docelowej organizacji ruchu;
- d) w zakresie sieci elektroenergetycznych: - warunków technicznych (znak: TD/OTR/OMD/2017-12-13/0000001), - porozumień i uzgodnień z operatorami sieci, - tabel montażowych w projekcie wykonawczym;
- e) w zakresie oświetlenia ulicznego: - warunków przyłączeniowych, - uzgodnień z operatorami sieci;
- f) w zakresie sieci wysokiego napięcia: - warunków technicznych (znak: TD/OTR/OME/2018-02-01/0000002), - porozumień i uzgodnień z operatorami sieci;
- g) decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej (ZRID);

2. Postanowienia § 3 ust. 10, § 14 ust. 1 pkt 1) i 2), § 10 ust. 3 pkt 3) wzoru Umowy, jako integralnej części SIWZ.

Odwołujący wskazał, że opisane wyżej postanowienia SIWZ naruszają następujące przepisy prawa:

1) art. 29 ust. 1 i 2 ustawy pzp oraz art. 31 ust. 1 ustawy pzp oraz 54, 55, 512 - 514 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 roku w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (dalej jako Rozporządzenie),

2) art. 29 ust. 1 i 2 ustawy pzp w zw. z art. 140 ust. 1 ustawy pzp, art. 36 ust. 1 pkt 3) i pkt 16) ustawy pzp oraz art. 353<sup>1</sup> kodeksu cywilnego w zw. z art. 647 kodeksu cywilnego w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy pzp

- poprzez bezprawne (niezgodne z ustawą pzp, kodeksem cywilnym i naturą stosunku zobowiązaniowego w postaci umowy o roboty budowlane, a także zasadami współzycia społecznego) przyjęcie przez Zamawiającego możliwości opisanie przedmiotu niniejszego zamówienia i objęcie go ryczałtowym wynagrodzeniem umownym Wykonawcy bez precyzyjnego wyszczególnienia całego zakresu robót budowlanych w dokumentacji projektowej i SIWZ przy jednoczesnym przerzuceniem wszelkich bliżej niezidentyfikowanych i niemożliwych do zidentyfikowania ryzyk na Wykonawców oraz nie dochowania w tym zakresie obowiązku opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty - co w konsekwencji prowadzi do obejścia w/w przepisów;

3) art. 36 ust. 1 pkt 16) ustawy pzp w zw. z art. 471, 472, 483<sup>1</sup> i art. 353<sup>1</sup> kodeksu cywilnego w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy pzp

- poprzez ukształtowanie kar umownych za niedotrzymanie terminu wykonania zamówienia oraz terminów na usunięcie wad przedmiotu umowy ujawnionych podczas odbioru lub w okresie obowiązywania gwarancji i rękojmi jako kar za opóźnienie, czyli niezależnie od tego, czy Wykonawca będzie ponosił winę za niedotrzymanie przedmiotowych terminów;

4) art. 36 ust. 1 pkt 16) ustawy pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> kodeksu cywilnego oraz art. 647 k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy pzp

- poprzez zamieszczenia we wzorze Umowy wymogu usunięcia wszelkich wad, 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;

5) art. 7 ust. 1 ustawy pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższymi zarzutami wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści postanowień SIWZ poprzez:

- 1) uzupełnienie SIWZ o brakujące dokumenty wskazane powyżej w punkcie I.1) odwołania;
- 2) wykreślenie postanowienia ust. 10 w § 3 wzoru Umowy w całości, ewentualnie nadanie mu brzmienia: *10. Poza przypadkami wyraźnie przewidzianymi w umowie uznaje się, że Wykonawca uwzględnił wszelkie elementy zamówienia niezbędne dla wykonania przedmiotu umowy, a wynagrodzenie w całości obejmuje ceny wszelkich materiałów lub usług, a także wszelkie prace i wydatki, które są nieodzowne w celu wykonania i ukończenia przedmiotu umowy.*
- 3) nadanie postanowieniom § 14 ust. 1 pkt 1) i pkt 2) wzoru Umowy następującej treści : *1. Za niewykonanie lub nienależyte wykonywanie przedmiotu umowy Wykonawca zobowiązany jest do zapłacenia kar umownych w szczególności z tytułu: 1) zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy - w wysokości 0,1% wynagrodzenia umownego brutto, o którym mowa w § 3 ust. 2, za każdy kalendarzowy dzień zwłoki, licząc od ustalonego w § 4 ust. 4 terminu wykonania przedmiotu umowy z uwzględnieniem § 4 ust 5 przy ustalaniu dnia wykonania przedmiotu umowy, 2) zwłoki w usunięciu wad przedmiotu umowy ujawnionych podczas odbioru lub w okresie obowiązywania gwarancji i rękojmi - w wysokości 0,1 % wynagrodzenia umownego brutto o którym mowa w § 3 ust. 2, za każdy kalendarzowy dzień zwłoki, licząc od wyznaczonego przez Zamawiającego terminu na usunięcie wad, a w przypadku braku jego wyznaczenia z upływem terminu określonego w ust. 4.*
- 4) nadanie postanowieniu § 10 ust. 3 pkt 3) wzoru Umowy następującej treści: *3) Odbioru końcowego dokonuje się w terminie 14 dni kalendarzowych po całkowitym zakończeniu wszystkich robót bez istotnych wad 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 wszystkich istotnych wad stwierdzonych przez Zamawiającego.*

W dniu 31 października 2018 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględnia wniesione odwołanie w całości. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że pismo uwzględniające odwołanie zostało złożone prawidłowo i podpisane przez osobę umocowaną, w konsekwencji czego uznała, że odwołanie zostało skutecznie uwzględnione przed otwarciem rozprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż zachodzi podstawa do umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy pzp, zgodnie z którym w sytuacji gdy zamawiający dokona uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze 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 niniejszej sprawie nie przystąpił w terminie po stronie zamawiającego żaden wykonawca.

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 1 ustawy.

Na podstawie § 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 (Dz. U. z 2018 r. poz. 972) Izba orzekła o dokonaniu zwrotu Odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty 20 000 zł uiszczonej tytułem wpisu.

Postanowienie zostało ogłoszone poprzez jego wywieszenie na tablicy ogłoszeń w trybie § 32 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t. j.: Dz. U. z 2014r., poz. 964 oraz Dz. U. z 2017r., poz.14).

Mając na uwadze powyższe postanowiono jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....