

**Sygn. akt: KIO 1214/20**

**POSTANOWIENIE  
z dnia 13 lipca 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Irmina Pawlik**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 13 lipca 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 czerwca 2020 r. przez wykonawcę ALSTAL Grupa Budowlana Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Jacewie w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Miasta Wejherowa

**postanawia:**

1. umarza postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy ALSTAL Grupa Budowlana Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Jacewie kwoty **18 000 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu 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 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 Gdańsku.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający Gmina Miasta Wejherowa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn „Budowa zespołu otwartych basenów kąpielowych – Centrum Integracji Społecznej „Wodne Ogrody” w Wejherowie z opcją”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 20 maja 2020 r. pod numerem 2020/S 098-232544. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843, dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 1 czerwca 2020 r. wykonawca ALSTAL Grupa Budowlana Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Jacewie (dalej jako „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegającej na ukształtowaniu treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia („SIWZ”), w tym w szczególności wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ, w sposób niezgodny z obowiązującymi przepisami ustawy Pzp i ustawy Kodeks cywilny. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 22 ust. 1a oraz art. 22d ust. 1 w zw. z art. 7 ust 1 ustawy Pzp poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do doświadczenia wykonawcy w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz ograniczający konkurencję w postępowaniu zakresie, w jakim Zamawiający wymaga aby wykonawca wykazał się realizacją dwóch zamówień polegających na budowie lub przebudowie odkrytego kąpieliska i dwóch zamówień polegających budowie lub przebudowie wodnego placu zabaw, co uniemożliwia Odwołującemu złożenie oferty, chociaż posiada on relewantne doświadczenie gwarantujące należyte wykonanie przedmiotu zamówienia;
2. art. 143b ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> k.c. zw. z art. 14 i art. 139 ustawy Pzp poprzez zobowiązanie wykonawcy w § 6 ust. 5 wzoru umowy, aby termin zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawców był nie dłuższy niż 15 dni, podczas gdy zgodnie z art. 143b ust 2 ustawy Pzp termin zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawców nie może być dłuższy niż 30 dni, co tym samym prowadzi do sytuacji, w której Zamawiający narzuca wykonawcy obowiązek określania krótszego terminu zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawców, pomimo, że w wyżej wskazanym przepisie ustawy Pzp termin ten został odmiennie ustalony - tj. jako 30 dni;
3. art. 36a ust. 1 ustawy Pzp poprzez ograniczenie w § 6 ust. 32 wzoru umowy możliwości skorzystania przez wykonawcę z podwykonawców przy realizacji przedmiotu zamówienia jedynie do 90% wysokości wynagrodzenia wykonawcy, podczas gdy wykonawca jest

uprawniony do powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcom, zaś ograniczenie takiego uprawnienia do sztucznie narzuconego poziomu wynoszącego 90% wysokości wynagrodzenia wykonawcy jest niezgodne z przepisem art. 36a ust. 1 ustawy Pzp;

4. art. 647 i art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 14 i art. 139 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez:
  - a) uzależnienie dokonania odbioru robót przez Zamawiającego od przekazania przez wykonawcę operatu kolaudacyjnego bez wad (zgodnie z § 7.I. ust 6 i 8 oraz § 7.II. ust. 6 i 8 wzoru umowy),
  - b) zawężenie w § 7.I. ust. 11 i § 7.II. ust. 11 wzoru umowy uprawnienia Zamawiającego do odbioru końcowego robót w przypadku wystąpienia w trakcie odbioru wad wymagających usunięcia, ale umożliwiającą prawidłowe użytkowanie obiektu budowlanego,podczas gdy przewidziany w art. 647 k.c. obowiązek Zamawiającego do odebrania obiektu (i zapłaty umówionego wynagrodzenia) istnieje w każdej sytuacji wystąpienia wad nieistotnych, które nie uniemożliwiają korzystania z obiektu, a tym samym Zamawiający nie może odmówić odbioru przedmiotu umowy ze względu na wystąpienie wad nieistotnych, czego jednak wzór umowy nie uwzględnia;
5. art. 561 § 2, art. 577 § 1 i 2 oraz art. 580 § 2 w zw. z art. 638 i art. 656 § 1, i art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 14 i 139 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zastrzeżenie w § 11.1. ust. 9, 11 oraz § 11.11 ust. 9, 11, a także w § 8 Karty gwarancyjnej (Załącznik nr 5.1. i 5.2. do wzoru umowy), szerokiego uprawnienia Zamawiającego do samodzielnego ustalania terminu usunięcia wad i usterek powstałych w okresie gwarancji jakości i rękojmi, podczas gdy termin ten nie może być ustalany przez Zamawiającego w sposób dowolny, a powinien uwzględniać techniczne i technologiczne możliwości usunięcia konkretnej wady lub usterki, co powinno zostać odzwierciedlone we wzorze umowy oraz postanowieniach Karty gwarancyjnej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu zmianę postanowień SIWZ i wzoru umowy poprzez:

1. zmianę warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale VIII pkt 1.2.2. SIWZ i nadanie mu następującego nowego brzmienia: „Zamawiający uzna powyższy warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy-w tym okresie, wykonał:
  - jedno (1) zamówienie (potwierdzone dowodem, że te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone) polegające na budowie lub przebudowie basenu

zewnątrznego lub basenu krytego z minimum jednym obiegiem technologii uzdatniania wody basenowej 6 wydajności filtra lub filtrów minimum 500 m<sup>3</sup>/h wraz z niecką lub nieckami basenowymi wykonanymi ze stali nierdzewnej w konstrukcji spawanej o łącznej powierzchni lustra wody nie mniejszej niż 800 m<sup>2</sup> o wartości robót co najmniej 15.0 00.000,00 PLN brutto, oraz

- jedno (1) zamówienie (potwierdzone dowodem, że te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone) polegające na budowie lub przebudowie wodnego placu zabaw z nawierzchnią o powierzchni nie mniejszej niż 50 m<sup>2</sup> z zabawkami wodnymi wykonanymi ze stali nierdzewnej wraz z technologią uzdatniania wody.”
2. zmianę postanowienia § 6 ust. 5 wzoru umowy poprzez dostosowanie go do przepisu art. 143b ust. 2 ustawy Pzp, tj. określenia, że termin zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawców nie może być dłuższy niż 30 dni;
  3. usunięcie § 6 ust. 32 wzoru umowy;
  4. zmianę § 7.I. ust. 6 i 8 oraz § 7.II. ust.,6 i 8 wzoru umowy poprzez wskazanie, że jedynie wady istotne operatu kolaudacyjnego uprawniają Zamawiającego do odmowy odbioru przedmiotu umowy;
  5. zmianę § 7.I. ust. 11 oraz § 7.II. ust. 11 wzoru umowy poprzez nałożenie na Zamawiającego obowiązku odbioru robót jeżeli w toku czynności odbioru końcowego robót budowlanych zostaną stwierdzone wady wymagające usunięcia, ale umożliwiające prawidłowe użytkowanie obiektu budowlanego;
  6. zastrzeżenie w § 11.1. ust. 9, 11 oraz § 11.11 ust. 9, 11, a także § 8 Karty gwarancyjnej (Załącznik nr 5.1. i 5.2. do wzoru umowy), że termin usunięcia wad i usterek w okresie gwarancji jakości i rękojmi zostanie ustalony przy uwzględnieniu możliwości technicznych lub technologicznych usunięcia wad i usterek.

Izba ustaliła, iż w terminie wynikającym z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

W dniu 9 lipca 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo Odwołującego, w którym oświadczył, iż cofa odwołanie oraz wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego i zwrot 90% wpisu. Oświadczenie o cofnięciu odwołania zostało złożone przez osobę umocowaną do reprezentacji Odwołującego, zgodnie z dokumentacją złożoną do akt sprawy.

Uwzględniając powyższe Izba uznała, że zasadne jest umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 187 ust. 8 ustawy Pzp, z uwagi na złożenie przez Odwołującego oświadczenia o cofnięciu odwołania. Zgodnie z treścią tego przepisu Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba

umarza postępowanie odwoławcze. Jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90% wpisu. Wycofanie odwołania w całości powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania. Złożenie oświadczenia o cofnięciu odwołania stanowi uprawnienie Odwołującego, które znosi wszelkie skutki prawne związane z wniesieniem odwołania. W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 187 ust. 8 ustawy Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia zgodnie z art. 192 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 187 ust. 8 ustawy Pzp zdanie drugie oraz § 5 ust. 1 pkt 3 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). Mając na względzie fakt, iż cofnięcie odwołania miało miejsce przed otwarciem rozprawy, Izba nakazała dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu 90% kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

**Przewodniczący:** .....