

Sygn. akt: KIO 2251/19

POSTANOWIENIE
z dnia 18 listopada 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 18 listopada 2019 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 listopada 2019r. przez **wykonawcę AK Nova Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Mrągowska 3** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Związek Komunalny Gmin „Czyste Miasto, Czysta Gmina” z siedzibą w Kaliszu, Pl. Św. Józefa 5**

przy udziale **wykonawcy Strabag spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2251/19 po stronie odwołującego

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie,**
2. Nakazuje zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty **18 000zł. 00 gr.** (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez **wykonawcę AK Nova Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Mrągowska 3** stanowiącą 90 % uiszczzonego wpisu.

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) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Kaliszu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. zaprojektowanie i budowa instalacji fermentacji oraz wiaty i boksów magazynowych w ZUOK Orli Staw zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 23 października 2019r. za numerem 2019/S 205-498289.

W tym samym dniu zamawiający opublikował specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej siwz).

W dniu 4 listopada 2019r. wykonawca AK Nova spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Mrągowska 3 – dalej odwołujący wniósł odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez prezesa zarządu upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z załączonym odpisem z KRS. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 4 listopada 2019r.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego polegających na dokonaniu w wyżej wymienionym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia oraz ustaleniu niezgodnych z obowiązującymi przepisami prawa warunków umowy, tj. od postanowień siwz.

Zaskarżonej czynności zamawiającego zarzucił naruszenie:

- art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy w zw. z art. 7 ustawy przez niejednoznaczne, niewyczerpujące i nieuwzględniające wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, w szczególności przez wyłączenie możliwości żądania przez wykonawców dodatkowych kosztów wykonania zamówienia powstałych na skutek okoliczności leżących po stronie zamawiającego, podmiotów trzecich lub działania siły wyższej lub sił przyrody, co jednocześnie wiąże się z przerzuceniem na wykonawców całości ryzyka gospodarczego związanego z realizacją zamówienia, w tym ryzyka związanego z nienależytym przygotowaniem dokumentacji postępowania przez zamawiającego i brakiem współdziałania przez zamawiającego z wykonawcą na etapie realizacji przedmiotu zamówienia, które to ryzyko na podstawie przepisów Kodeksu cywilnego i przepisów ustawy spoczywa na zamawiającym, co z kolei zaprzecza zasadzie równości stron stosunku zobowiązaniowego.

Taki opis przedmiotu zamówienia w ocenie odwołującego przerzuca na wykonawcę ryzyka, których oszacować się nie da, w tym okoliczności nadzwyczajnych, niemożliwych do przewidzenia i ich skutków, co uniemożliwia sporządzenie porównywalnych ofert i tym samym utrudnia uczciwą konkurencję.

Powyższe świadczy także zdaniem odwołującego o naruszeniu przez zamawiającego

przepisów art. 353(1) k.c., art. 487 § 2 k.c., art. 547 k.c., art. 5 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy, w szczególności przez naruszenie granic swobody umów przez ukształtowanie Wzoru umowy stanowiącego III część siwz - Rozdziału 3 - Warunki Szczególne Kontraktu (dalej jako WSK) z naruszeniem właściwości (natury) stosunku prawnego i zasad współżycia społecznego, tj. usunięcie możliwości domagania się przez wykonawcę od zamawiającego zwrotu wydatków poniesionych przez wykonawcę w przypadkach opisanych poniżej (tj. naprawienia szkody w postaci rzeczywistej straty - *damnum emeraens*). nawet w przypadkach, za które zamawiający ponosi odpowiedzialność.

Wniósł o:

nakazanie zamawiającemu dokonania stosownej modyfikacji siwz przez przywrócenie do WSK zapisów z Warunków Ogólnych Kontraktu (dalej WOK) - Rozdziału 2 Części III siwz (Warunki Kontraktu), jak następuje:

- odpowiednio klauzuli (dalej jako kl.) 4.7 WOK akapit trzeci, kl. 5.1 WOK akapit trzeci i czwarty, kl. 8.9 WOK, kl. 12.2 WOK, w zakresie pokrycia/zwrotu Kosztu oraz
- odpowiednio w kl. 1.9 WOK, 2.1 WOK, kl. 4.12 WOK, kl. 4.24 WOK, kl. 7.4 WOK, kl. 10.3 WOK, kl. 15. 1 WOK, kl. 19.4 WOK usuniętych z tych postanowień zapisów kreujących po stronie wykonawcy uprawnienie do uzyskania od zamawiającego dodatkowej płatności za jakikolwiek dodatkowy Koszty Wykonawcy.

ewentualnie

o nakazanie zamawiającemu dookreślenia w siwz, iż:

- przedmiotowe zapisy WSK, wyłączające uprawnienie wykonawcy do pokrycia Kosztu, nie wyłączają możliwości domagania się przez wykonawcę od zamawiającego naprawienia szkody na zasadach ogólnych,
- § 6 Aktu Umowy (Rozdział 1, Części III siwz - Wzór umowy) obejmuje zmiany wynagrodzenia (Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej) także w przypadkach objętych wyżej wymienionymi klauzulami WSK, w szczególności w przypadkach, gdy Wykonawcy przysługuje uprawnienie do zmiany Czasu na Ukończenie z przyczyn leżących po stronie zamawiającego.

Opisane powyżej żądania co do zakresu zmian siwz obejmują także zmiany dokumentacji przetargowej wprost w żądaniu nie wskazane, ale konieczne do wprowadzenia z uwagi na zakres żądania wykonawcy - tj. zmiany będące konsekwencją żądanych zmian.

W dniu 6 listopada 2019r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania.

W dniu 8 listopada 2019r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił swój udział wykonawca Strabag spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10 – dalej przystępujący, który wniósł o uwzględnienie odwołania i wskazał, że ma interes w takim rozstrzygnięciu, gdyż dokonanie modyfikacji siwz, która nie odpowiada wymogom ustawy pozwoli mu na złożenie konkurencyjnej i porównywalnej oferty, gdyż przystępujący jest w stanie wykonać zamówienia.

Nieuwzględnienie odwołania utrudni dostęp do postępowania i doprowadzi do złożenia nieporównywalnych ofert.

Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 23 stycznia 2019r. udzielonego przez dwóch członków zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 7 listopada 2019r.

W dniu 15 listopada 2019r. Odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba ustaliła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w związku z potencjalnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy, czym została wypełniona przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy.

Przepis art. 187 ust. 8 ustawy stanowi, iż odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze, przy czym, jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90 % wpisu.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze ustawy, na posiedzeniu umorzyła postępowanie odwoławcze.

Zgodnie z art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy, orzeczono o zwrocie odwołującemu 90% kwoty uiszczzonego wpisu.

Izba postanowiła nie zasądzić na rzecz zamawiającego zwrot kosztów postępowania odwoławczego z tego względu, że wycofanie odwołania nastąpiło na więcej niż jeden dzień niż wyznaczony termin posiedzenia.

Przewodniczący:.....