

POSTANOWIENIE
z dnia 29 czerwca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestnika postępowania w Warszawie w dniu 29 czerwca 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 czerwca 2021 r. przez **wykonawcę Skanska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Al. Solidarności 173** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego –Uniwersytet Warszawski z siedzibą w Warszawie, ul. Krakowskie Przedmieście 26/28**

przy udziale **wykonawcy NDI spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sopocie, ul. Powstańców Warszawy 19** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1789/21 po stronie odwołującego

postanawia:

- 1. Umorzyć postępowanie,**
- 2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 18 000 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy Skanska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Al. Solidarności 173 tytułem zwrotu 90% uiszczzonego wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie przez Generalnego wykonawcę robót budowlano-montażowych dla inwestycji pn. „Budowa domu studenckiego na Kampusie Służewiec” objętej programem wieloletnim pn. „Uniwersytet Warszawski ... zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 4 czerwca 2021 r. za numerem 2021/S 107-278274..

W dniu 15 czerwca 2021 r. odwołanie wniósł wykonawca Skanska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Al. Solidarności 173. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 5 lutego 2021 r. udzielonego przez prezesa zarządu i członka zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do reprezentacji. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 14 czerwca 2021 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) Art. 8 ust. 1 ustawy w zw. z art. 5 i art. 3531 kodeksu cywilnego oraz art. 647 kodeksu cywilnego w zw. z art. zw. z art. 16 ustawy przez ukształtowanie w Specyfikacji Warunków Zamówienia, we Wzorze umowy (Rozdział III SWZ), projektowanych postanowień umownych przyznających zamawiającemu prawo odmowy dokonania odbioru robót oraz zapłaty wynagrodzenia do czasu usunięcia wad w każdym przypadku ich wystąpienia, nawet jeśli wady mają charakter nieistotny, co godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, będąc jednocześnie postanowieniami niekorzystnymi dla wykonawców, naruszającymi bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron i prowadzącymi do naruszenia praw podmiotowych wykonawców.

2) Art. 433 pkt 4) ustawy przez ukształtowanie w Specyfikacji Warunków Zamówienia, we Wzorze umowy (Rozdział III) projektowanych postanowień umownych przyznających zamawiającemu możliwość ograniczenia zakresu zamówienia bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

3) Art. 439 ust. 2 ustawy oraz art. Art. 8 ust. 1 ustawy w zw. z art. 5 i art. 353(1) kodeksu cywilnego przez ukształtowanie w Specyfikacji Warunków Zamówienia, we Wzorze umowy (Rozdział III), projektowanych postanowień umownych przewidujących możliwość waloryzacji wynagrodzenia Generalnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją umowy w sposób niekorzystny dla wykonawców, naruszający bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron i prowadzący do naruszenia praw podmiotowych wykonawców.

Wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości oraz
- 2) nakazanie zamawiającemu dokonanie modyfikacji postanowień projektowanych postanowień umownych we Wzorze umowy stanowiącym Rozdział III Specyfikacji Warunków Zamówienia przez nadanie im następującego brzmienia:
 - a) § 1 Definicje pkt. 17. „Odbiór Końcowy Inwestycji” w ten sposób, że z jego treści będzie wynikało, że Zamawiający dokona odbioru końcowego inwestycji i przejęcia obiektu od wykonawcy po protokolarnym potwierdzeniu wykonania wszystkich robót bez istotnych wad (tj. bez wad uniemożliwiających użytkowanie przedmiotu umowy zgodnie z przeznaczeniem) oraz uzyskaniu przez wykonawcę pozwolenia na użytkowanie.
 - b) § 1 Definicje pkt. 27. „Protokół Odbioru Końcowego” w ten sposób, że z jego treści będzie wynikało, że jest to dokument potwierdzający dokonanie przez zamawiającego odbioru końcowego inwestycji i przekazanie zrealizowanej inwestycji zamawiającemu po zakończeniu wszystkich robót bez istotnych wad (tj. bez wad uniemożliwiających użytkowanie przedmiotu umowy zgodnie z przeznaczeniem) oraz uzyskaniu przez wykonawcę pozwolenia na użytkowanie.
 - c) § 1 Definicje pkt. 33. „Termin Zakończenia umowy” w ten sposób, że z jego treści będzie wynikało, że w tym terminie wykonawca zobowiązany jest wykonać wszystkie roboty bez istotnych wad (tj. bez wad uniemożliwiających użytkowanie przedmiotu umowy zgodnie z przeznaczeniem) oraz uzyskać pozwolenia na użytkowanie inwestycji.
 - d) § 5 pkt. pkt. 7) umowy, w ten sposób, że dotychczasowa treść tego postanowienia otrzyma nowe, następujące brzmienie:

„7) przejęcie Obiektu po podpisaniu Protokołu Odbioru Końcowego (bez wad istotnych).”
 - e) § 15 ust. 1 umowy w ten sposób, aby z jego treści wynikało, że Generalny wykonawca udziela gwarancji na Przedmiot umowy od dnia podpisania Protokołu Odbioru Końcowego (bez istotnych wad).
 - f) § 17 ust. 14 pkt. 1) umowy przez zastąpienie w jego dotychczasowej treści słowa „Usterek” słowem „Wad”.
 - g) § 17 ust. 16 umowy przez wykreślenie z jego dotychczasowej treści słów: „oraz przejęcie Inwestycji przez zamawiającego”.
 - h) § 18 ust. 9 pkt. 2) umowy przez wykreślenie z jego dotychczasowej treści słów: „(w przypadku bezusterkowego odbioru) lub Protokołu Odbioru Końcowego stwierdzającego usunięcie Usterek z niego wynikających”.
 - i) § 3 ust. 4 pkt. 1) umowy w ten sposób, aby w treści projektowanych postanowień umownych przyznających zamawiającemu możliwość ograniczenia zakresu zamówienia zamawiający wskazał minimalną wartość lub wielkość świadczenia stron, określając ją na poziomie 90% wartości lub wielkości zamówienia.

j) § 23 ust. 1 pkt. 9) umowy w ten sposób, aby w treści projektowanych postanowień umownych przyznających zamawiającemu możliwość ograniczenia zakresu zamówienia zamawiający wskazał minimalną wartość lub wielkość świadczenia stron, określając ją na poziomie 90% wartości lub wielkości zamówienia.

k) § 24 ust. 1 pkt. 5) umowy w ten sposób, aby w treści projektowanych postanowień umownych regulujących zasady waloryzacji wynagrodzenia Generalnego wykonawcy w przypadku zmiany cen Materiałów lub kosztów związanych z realizacją umowy zamawiający wskazał:

i. Poziom zmiany cen materiałów lub kosztów uprawniający strony do żądania zmiany wynagrodzenia jako 15% stosunku do cen z dnia otwarcia ofert

ii. Maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia jako 4,5% wynagrodzenia Generalnego wykonawcy.

oraz

3) zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

W dniu 15 czerwca 2021 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 17 czerwca 2021 r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił swój udział wykonawca NDI spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sopocie wnosząc o uwzględnienie odwołania.

Przystępujący wskazał, iż posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego, albowiem przystępujący zamierza ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego, jednakże treść Specyfikacji Warunków Zamówienia w przedmiotowym postępowaniu określona przez zamawiającego w nieuzasadniony sposób, obecnie znacząco utrudnia przystępującemu złożenie oferty i uzyskanie zamówienia.

Zgodnie z zarzutami odwołania Specyfikacja Warunków Zamówienia została sformułowana w sposób naruszający przepisy ustawy, w tym art. 16 czy 433 PZP i Kodeksu Cywilnego w tym art. 647 KC.

Postanowienia specyfikacji warunków zamówienia naruszają przepisy wskazane w odwołaniu w sposób, który prowadzi do niezasadnego ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców, wśród których jest również przystępujący.

Ponadto NDI podniósł, iż rozstrzygnięcie w niniejszym postępowaniu wywrze skutek w sferze prawnej przystępującego. Podobnie jak wnoszący odwołanie, przystępujący wskazał, iż wobec postępowania zamawiającego, przy zachowaniu skarżonej treści SWZ, naruszającej przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych i kodeksu cywilnego, interes prawny przystępującego doznaje uszczerbku.

Powołał wyrok z dnia 15 stycznia 2013 r. (sygn. akt KIO 2933/12). Sposób rozstrzygnięcia przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania wniesionego przez odwołującego w bezpośredni

sposób wpłynie na sytuację przystępującego. Niezgodne z przepisami czynności zamawiającego podniesione przez odwołującego, znacząco utrudniają obecnie przystępującemu uczestnictwo w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Z kolei uwzględnienie odwołania i nakazanie przez Krajową Izbę Odwoławczą dokonania zmiany ww. postanowień SWZ zgodnie z wnioskami odwołania pozwoli przystępującemu na wzięcie udziału w postępowaniu, złożenie oferty kalkulowanej w oparciu o ustalone ryzyka i ostatecznie uzyskanie zamówienia. Interes przystępującego w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego wyraża się także w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia, w którym będzie uczestniczył przystępujący, było prowadzone w sposób prawidłowy, zgodny z obowiązującymi przepisami ustawy. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 17 czerwca 2021 r. udzielonego przez dwóch prokurentów ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Do przystąpienia dołączono dowody przekazania kopii zgłoszenia zamawiającemu i odwołującemu.

W dniu 28 czerwca 2021 r. odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania. Oświadczenie zostało wniesione tak jak odwołanie. Posiedzenie z udziałem stron i uczestników postępowania nie zostało jeszcze wyznaczone.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 525 ustawy.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy, a cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby.

Stosownie do art. 568 pkt. 1 ustawy Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania;

Na podstawie § 9 ust. 1 pkt. 3 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości na skutek cofnięcia odwołania przed otwarciem rozprawy najpóźniej w dniu poprzedzającym dzień, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron lub uczestników postępowania odwoławczego - odwołującemu zwraca się 90% wpisu; w takim

przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, w wysoko

ści stanowiącej 90% jego wartości i skoro odwołujący uiścił wpis w wysokości 20 000zł., to do zwrotu pozostała kwota 18 000 zł. o czym orzeczono w pkt. 2 sentencji.

Przewodniczący: