

**POSTANOWIENIE**

**z dnia 23 października 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Danuta Dziubińska

**Członkowie:** Piotr Kozłowski

Emil Kuriata

**Protokolant:** Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu w dniu 23 października 2019 r. na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 października 2019 r. przez wykonawcę **Budimex S.A.** z siedzibą w Warszawie ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Miejskie Przedsiębiorstwo Realizacji Inwestycji sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie, ul. Wybrzeże Gdyńskie 27, 01-531 Warszawa

przy udziale wykonawcy **MIRBUD S.A.** z siedzibą w Skierniewicach, ul. Unii Europejskiej 18, 96-100 Skierniewice zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

**postanawia:**

- 1. umarza postępowanie;**
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego kwoty 18 000 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## Uzasadnienie

Miejskie Przedsiębiorstwo Realizacji Inwestycji sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843) dalej: „ustawa Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Modernizacja i rozbudowa Szpitala Bielańskiego im. ks. J. Popiełuszki, Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej”; Numer referencyjny: BZP.260.7.2019.AM. Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w art.11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 30 września 2019 r. pod numerem 2019/S 188-456435.

W dniu 10 października 2019 r. wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec treści SIWZ. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 22 ust. 1a w zw. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sformułowanie warunków udziału w Postępowaniu w zakresie doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko kierownika budowy w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności do należytego wykonania przedmiotowego: zamówienia, a co za tym idzie w sposób dyskryminujący wykonawców i naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji;
- 2) art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ustalenie kryterium oceny ofert pn. „Doświadczenie Kierownika Budowy” w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania; wykonawców;
- 3) art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 31 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 36 ust. 1, pkt 3) ustawy Pzp w zw. z art. 42 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 647 w zw. z art. 651 kodeksu cywilnego (dalej jako „KC”) w zw. z art. 18 ust. 1 pkt. 1), art. 20 ust. 1 i ust. 2, ustawy Prawo budowlane poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych, i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie pełnej i ważnej oferty, spełniającej w całości oczekiwania i wymagania

Zamawiającego oraz przerwienie na Wykonawcę obowiązków sprzecznych z obowiązującymi przepisami prawa, co przejawia się we wprowadzeniu do wzoru umowy postanowień, na mocy których Wykonawca w kontrakcie typu „Buduj” ma obowiązek szczegółowego sprawdzenia dokumentacji projektowej przekazanej przez Zamawiającego i przejmuje ryzyko: za całość dokumentacji projektowej nie pochodzącej od Wykonawcy w szczególności ponosi skutki finansowe błędów w niej występujących, co w konsekwencji zaburza równowagę stron umowy i prowadzi do naruszenia praw Wykonawcy;

- 4) art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 31 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. art. 139, ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) KC oraz art. 36 a ust. 6 ustawy Prawo Budowlane poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania, i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie pełnej i ważnej oferty, spełniającej w całości oczekiwania i wymagania Zamawiającego co przejawia się w przerwieniu na Wykonawcę konieczności ujęcia w kwocie wynagrodzenia kosztów niemożliwych do przewidzenia, w tym niezależnych od decyzji Wykonawcy takich jak np. koszty opracowania dokumentacji zamiennej;
- 5) art. 139 ust.1 ustawy Pzp w zw. Z art. 5 i art. 353(1) KC w zw. z art. 647 KC w zw. z art. 577 §4 KC w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przyznanie Zamawiającemu w ramach Wzoru Umowy prawa do odmowy dokonania odbioru końcowego do czasu usunięcia wad w każdym przypadku wystąpienia wad, nawet jeśli wady mają charakter nieistotny, a w konsekwencji również ustalenie biegu terminu gwarancji jakości od dnia bezusterkowego odbioru robót, co godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców;
- 6) art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) KC w zw. z art. 483 KC w zw.1 z art. 484 §2 KC w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zastrzeżenie przez Zamawiającego w ramach wzoru Umowy kar umownych za opóźnienie bez precyzyjnego określenia podstaw ich naliczania, jak również brak przewidzenia jakiegokolwiek limitu kar: umownych;
- 7) art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) KC w zw. z art. 462 §1 i §2 KC w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zastrzeżenie przez Zamawiającego konieczności, przedkładania oświadczeń dotyczących uregulowania płatności na rzecz podwykonawców: z datą pewną, pomimo że wymóg ten stanowi nadmierną dolegliwość, niewspółmierną do celu jaki ma zostać osiągnięty i nieuzasadnioną istnieniem szczególnego interesu po stronie Zamawiającego;

8) art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) KC w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie przez Zamawiającego do wzoru Umowy postanowień nieproporcjonalnych, niejednoznacznych i niezgodnych z prawem, naruszających bezwzględnie, obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia, praw podmiotowych wykonawców, a przejawiających się we wprowadzeniu do Wzoru Umowy1 postanowień §5 ust. 5, §14 ust. 11 i 12, §2 ust. 5 Wzoru Umowy.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści Ogłoszenia i SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

Jak wynika z pisma Zamawiającego z dnia 11 października 2019 r., kopia odwołania została zamieszczona na platformie zakupowej Zamawiającego, na której znajduje się ogłoszenie o zamówieniu i SIWZ oraz przesłana do wykonawców pocztą elektroniczną w dniu 11 października 2019 r. W terminie ustawowym swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosił wykonawca MIRBUD S.A.

Przed terminem posiedzenia i rozprawy, pismem z dnia 22 października 2019 r., które zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w tym dniu w formie pisemnej w postaci papierowej, Odwołujący, reprezentowany jak przy wnoszeniu odwołania, złożył oświadczenie o wycofaniu odwołania. Na posiedzeniu Odwołujący potwierdził swoje oświadczenie o wycofaniu odwołania w związku z uwzględnieniem przez Zamawiającego zarzutów i żądań odwołania i dokonaniem zmian SIWZ.

Na posiedzeniu pełnomocnik Zamawiającego wniósł o zasądzenie kosztów zastępstwa przed Izbą według faktury, którą złożył do akt sprawy.

Skuteczne skorzystanie przez którąkolwiek ze stron postępowania odwoławczego z przysługującej jej tzw. czynności dyspozytywnej, w tym uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego lub cofnięcia odwołania przez odwołującego, względnie uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów i cofnięcia pozostałych zarzutów przez odwołującego, powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania.

Zgodnie z art. 187 ust. 8 ustawy Pzp *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.*

Odwołujący skorzystał z przysługującego mu uprawnienia i skutecznie wycofał uprzednio wniesione odwołanie, co nastąpiło przed otwarciem posiedzenia w sprawie odwoławczej.

Stosownie do art. 192 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp, w przypadku umorzenia postępowania, Izba wydaje postanowienie.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy Pzp w związku z § 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 (tj. Dz.U. z 2018 r. poz. 972), nakazując zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego kwoty 18 000 zł 00 gr, stanowiącej 90% kwoty uiszczzonego wpisu.

Izba nie zasądziła zawnioskowanych przez Zamawiającego kosztów zastępstwa prawnego przed Izbą, gdyż zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 3 lit. b rozporządzenia Izba zasądza koszty, o których mowa w § 3 pkt 2 rozporządzenia, od odwołującego na rzecz zamawiającego, jeżeli odwołanie zostało cofnięte na mniej niż 1 dzień przed dniem, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron oraz uczestników postępowania, albo po otwarciu rozprawy.

Izba zważyła, że przepisy Kodeksu cywilnego regulujące kwestie terminów (art. 110-116 k.c.), które co do zasady znajdują zastosowanie przez odesłanie zawarte w art. 14 ustawy Pzp, przewidują dzień kalendarzowy jako najmniejszą jednostkę okresu czasu na dokonanie czynności prawnej. Jednocześnie przepisy tytułu V Kodeksu cywilnego regulują obliczanie biegu terminów na przyszłość od zaistnienia pewnego zdarzenia, co powoduje, że nie znajdują wprost zastosowania do określonego w § 5 ust. 1 pkt 3 lit. b rozporządzenia terminu, który należy liczyć wstecz. Stąd nie znajduje zastosowania reguła, że jeżeli początkiem terminu oznaczonego w dniach jest pewne zdarzenie, nie uwzględnia się przy obliczaniu terminu dnia, w którym to zdarzenie nastąpiło (art. 111 §2 k.c.). Jeżeli zatem wycofanie odwołania nastąpiło w dniu poprzedzającym dzień, na który zostało wyznaczone posiedzenie, to czynność ta została dokonana w dniu poprzedzającym dzień posiedzenia, czyli nie na mniej niż 1 dzień przed posiedzeniem (por. m.in. postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej: z 14 listopada 2017 r. sygn. akt: KIO 2282/17, z dnia 2 sierpnia 2018 r sygn. akt KIO 1422/18, z 28 czerwca 2019 r. sygn. akt KIO 1092/19, z dnia 8 sierpnia 2019 r. sygn. akt 1456/19).

Niewątpliwie powyższa regulacja została sformułowana w sposób zawyły, gdyż wystarczające byłoby wskazanie, że koszty zamawiającego podlegają zasądzeniu od odwołującego, jeżeli cofnięcie odwołania nastąpiło w dniu, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia, albo po otwarciu rozprawy. Tym niemniej z brzmienia przepisu nie wynika również, że punktem odniesienia dla ustalenia, czy cofnięcie odwołania

nastąpiło na mniej niż 1 dzień, jest termin rozumiany jako data i godzina, na którą wyznaczono rozprawę czy posiedzenie. Nie ma więc podstaw, aby uznać, że przepis warunkuje zasądzenie kosztów zamawiającego od odwołującego, jeżeli wycofanie odwołania nastąpiło mniej niż na 24 godziny przed datą i godziną, na które wyznaczono termin rozprawy lub posiedzenia.

Z kolei branie pod uwagę wykładni celowościowej nie prowadzi do jednoznacznych rezultatów. Z jednej strony wydaje się, że celem wprowadzenia rozważanej regulacji było zmotywowanie odwołujących do podejmowania decyzji o wycofaniu odwołania z takim wyprzedzeniem, aby nie narażać strony przeciwnej na ponoszenie zbędnych kosztów związanych z dojazdem na wyznaczone posiedzenie i reprezentacją przed Izbą. W aktualnym stanie prawnym, który nie nakłada na odwołującego obowiązku przesłania treści pisma o wycofaniu odwołania zamawiającemu, ten ostatni może nie ponieść zbędnych kosztów jedynie w sytuacji, gdy Izba zdąży umorzyć postępowanie odwoławcze i zdjąć sprawę z wokandy zanim pełnomocnik zamawiającego uda się na wyznaczony uprzednio termin posiedzenia. W praktyce wycofanie odwołania poprzedniego dnia często nie będzie wystarczające, aby to osiągnąć. Z drugiej strony wycofanie odwołania może być również reakcją na przekonującą odpowiedź na odwołanie. Jednak w aktualnym stanie prawnym zamawiający również nie ma obowiązku przesłania treści odpowiedzi na odwołanie do odwołującego. W rezultacie do późnego wycofania odwołania może również przyczynić się zamawiający, który nie poinformuje w ogóle (jak miało to miejsce w tej sprawie) lub niezwłocznie o swoim stanowisku zawartym w odpowiedzi na odwołanie.

Z powyższych względów skład orzekający nie znalazł argumentów, aby odejść od dotychczas prezentowanej przez Izbę wykładni § 5 ust. 1 pkt 3 lit. b rozporządzenia regulującego koszty postępowania odwoławczego.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....