

POSTANOWENIE

z dnia 9 lutego 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: M.K.

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 9 lutego 2023 r.
w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu
30 stycznia 2023 r. przez wykonawcę – **STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie**
w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Sicienko**

przy udziale wykonawcy **BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie** głaszającego swoje przystąpienie do postępowania
odwoławczego po stronie Odwołującego

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze,
 2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** kwoty **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) w tym 10 000 zł (dziesięć tysięcy złotych) stanowiącej uiszczony wpis od odwołania oraz kwoty 10 000 zł (dziesięć tysięcy złotych) stanowiącej nadpłacony wpis od odwołania.
- Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze 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

Zamawiający – Gmina Sicienko prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022r., poz. 1710 ze zm.; dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym, którego przedmiotem jest: „*przebudowę i rozbudowę centrum sportu w Sicienku. Zadanie 1 pn. Przebudowa i rozbudowa centrum sportu w Sicienku – etap I. Zadanie 2 pn. Przebudowa i rozbudowa centrum sportu w Sicienku – etap II.*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2023/BZP 00055469/01 z dnia 24 stycznia 2023 r.

W dniu 30 stycznia 2023r. wykonawca – STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 pkt 1, 2 i 3 w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 647 Kc poprzez przyznanie przez Zamawiającego samemu sobie w sposób niezgodny z prawem dowolności dokonania odbioru końcowego robót po usunięciu przez wykonawcę wszelkich stwierdzonych wad i tym samym możliwość odmowy przez Zamawiającego odbioru przedmiotu Umowy w sytuacji wystąpienia jakichkolwiek wad lub usterek (bez rozróżnienia na istotne i nieistotne). W projektowanych postanowieniach 8.2 akapit 4 Umowy Zamawiający przewiduje, że: „Zamawiający może podjąć decyzję o przerwaniu czynności odbioru końcowego Robót, jeżeli w czasie tych czynności zostaną ujawnione Wady. Czynności odbiorowe będą kontynuowane po zgłoszeniu przez Wykonawcę usunięcia tych Wad z uwzględnieniem działań określonych poniżej”. Zamawiający określił więc procedurę odbioru jako procedurę odbioru bezusterkowego z uznaniowością po stronie Zamawiającego, czy dokona odbioru warunkowego w przypadku wystąpienia nieistotnych wad, podczas gdy zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa uprawnienie Zamawiającego do odmowy odbioru końcowego powinno mieć miejsce jedynie w przypadku wystąpienia wad istotnych, zaś w przypadku zgłoszenia gotowości do odbioru przedmiotu umowy o roboty budowlane z wadami nieistotnymi (usuwalnymi, bądź nie) to Zamawiający zobowiązany jest dokonać odbioru końcowego i zapłacić umówione wynagrodzenie, a postanowienia umowy nie mogą pozostawiać dowolności Zamawiającemu w tym zakresie.

2. art. 99 pkt. 1 w zw. z art. 133 ust. 1, art. 134 ust 1 pkt 20 i art. 16 pkt 1 i 3 Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego udostępnienia w całości treści projektowanych postanowień przyszłej Umowy, a przez to 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 ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania Zamawiającego - co w konsekwencji doprowadziło do sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób uniemożliwiający złożenie porównywalnych ofert i utrudniający uczciwą konkurencję.

W projektowanych postanowieniach rozdziału 2 Umowy pn. „Warunki ogólne kontraktu” Zamawiający wskazał, że „Roboty będące przedmiotem niniejszego Kontraktu będą wykonane zgodnie z KRÓTKĄ FORMĄ UMOWY (OGÓLNE WARUNKI UMOWY, REGULAMIN ROZJEMSTWA), pierwsze wydanie w języku angielskim 1999, tłumaczenie pierwsze wydanie 2003 przygotowane i opublikowane przez Międzynarodową Federację Inżynierów Konsultantów (Federation Internationale des Ingénieurs Conseils - FIDIC), P.O. Box 86, CH-1000 Lausanne 12, Szwajcaria, oraz pierwsze wydanie angielsko-polskie 2003 dostępne pod adresem: Stowarzyszenie Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców ul. Trębacka 4, lok. 429 IV p., budynek KIG 00-074 Warszawa” (...). Uważa się, że Wykonawca zaznajomił się z ww. wersją publikacji KRÓTKA FORMA UMOWY (OGÓLNE WARUNKI UMOWY, REGULAMIN ROZJEMSTWA) dla inżynierijnobudowlanych i na żądanie Zamawiającego, przedstawił jej kopię, podpisaną przez osobę lub osoby uprawnione do podpisania Kontraktu”. Przy czym w dokumentacji niniejszego postępowania zostały przez Zamawiającego przekazane jedynie fragmentaryczne regulacje warunków szczególnych kontraktowych FIDIC - a w celu zapoznania się z pełną treścią przyszłej Umowy Zamawiający odesłał Odwołującego do niezależnego podmiotu tj. Stowarzyszenia Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców z siedzibą w Warszawie (SIDIR). Co istotne, wydanie FIDIC na jakie powołuje się Zamawiający nie jest już dostępne w siedzibie SIDIR w Warszawie - co wynika w sposób bezsporny z odpowiedzi udzielonej Wykonawcy przez SIDIR w dniu 27.01.2023 r., stanowiącej załącznik do niniejszego odwołania. Powyższe powoduje, że Wykonawca nie zna treści przyszłej Umowy mającej zostać zawartej z Zamawiającym oraz nie posiada żadnych możliwości, aby treść takiej umowy poznać, podczas gdy to Zamawiający winien udostępnić pełną treść przyszłej Umowy w ramach dokumentacji postępowania.

Ponadto Zamawiający wymaga, aby na każde jego wezwanie Odwołujący przedstawił kopię krótkiej formy umowy FIDIC podpisaną przez Odwołującego, co w związku z powyższym, skutkuje sformułowaniem warunku niemożliwego do spełnienia przez Odwołującego.

W oparciu o tak sformułowane zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1) przekazania pełnej treści przyszłej Umowy poprzez dołączenie do Umowy dokumentu na który Zamawiający powołuje się w rozdziale 2 Umowy pn. „Warunki ogólne kontraktu” tj. Krótkiej Formy Umowy (Ogólne Warunki Umowy, Regulamin Rozjemstwa) dla robót inżynierijnobudowlanych przygotowane i opublikowane przez FIDIC, które stanowić będą integralną część Umowy oraz

2) dokonania czynności - zmiany treści SWZ i załącznika do SWZ „Projektowane postanowienia Umowy” poprzez nadanie im treści zgodnej z przepisami i zasadami prawa oraz określenie ich w sposób jednoznaczny i precyzyjny.

Izba ustaliła, że w terminie określonym w art. 525 ust. 1 Pzp do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca. Po stronie Odwołującego natomiast w sposób skuteczny przystąpił wykonawca BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie.

W dniu 8 lutego 2023 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 522 ust. 1 Pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego 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 takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 522 ust. 1 Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia zgodnie z art. 568 pkt 3 tejże ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 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), nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący: