

Sygn. akt: KIO 2430/12

POSTANOWIENIE
z dnia 15 listopada 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Rzońca

Anna Packo

Małgorzata Rakowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 15 listopada 2012 r. w Warszawie odwołania z dnia 5 listopada 2012 r. wniesionego przez **Skanska S.A, ul. Gen. Józefa Zajęczka 9, 01-518 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersytet Przyrodniczy we Wrocławiu, ul. C.K. Norwida 25/27, 50-375 Wrocław,**

przy udziale wykonawcy **Warbud S.A. , Aleje Jerozolimskie 162a, 02-342 Warszawa,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

przy udziale wykonawcy **Budimex S.A. ul. Stawki 40, 01-0140 Warszawa,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Skanska S.A, ul. Gen. Józefa Zajęczka 9, 01-518 Warszawa** kwoty **20.000,00 zł (słownie: dwudziestu tysięcy złotych),** stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejsze postanowienie w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Uniwersytet Przyrodniczy we Wrocławiu, ul. C.K. Norwida 25/27, 50-375 Wrocław - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Zaprojektowanie i wybudowanie Centrum Geo-Info-Hydro wraz z wyposażeniem montowanym na stałe i uzyskanie pozwolenia na użytkowanie”. Postępowanie jest prowadzone w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”.

5 listopada 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie Skanska S.A, ul. Gen. Józefa Zajęczka 9, 01-518 Warszawa (dalej: „odwołujący” lub „Skanska”).

Odwołujący zarzucał zamawiającemu, w kontekście postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz” lub „specyfikacja”), naruszenie następujących przepisów ustawy:

- art. 7 ust. 1 w zw. art. 29 ust. 1 Pzp. poprzez niejednoznaczne i niewyczerpujące opisanie przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty zwłaszcza, iż jedynym kryterium jest cena (ryczałt) poprzez prawidłowe i jednoznaczne sprecyzowanie, co jest przedmiotem zamówienia - zaprojektowanie i wybudowanie obiektu budowlanego zgodnie z treścią ogłoszenia, czy zgodnie z nazwą przedmiotu zamówienia zawartą w PFU, wybudowanie Centrum Geo-Info - Hydro po uprzednim opracowaniu projektu wykonawczego, szczegółowych specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót i innych niezbędnych opracowań do realizacji przedmiotu zamówienia i do uzyskania pozwolenia na użytkowanie obiektu wraz z wyposażeniem montowanym na stałe”.

- art. 7 w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp w zw. z § 18 i § 19 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w systemie zaprojektuj i wybuduj poza programem funkcjonalno-użytkowym przez projekt budowlany wraz z pozwoleniem na budowę przy jednoczesnym nałożeniu

na Wykonawcę obowiązków pkt 1.1. PFU tj. np. uzyskanie wszelkich wymaganych prawem pozwoleń i decyzji, uzyskanie z upoważnienia Zamawiającego pozwolenia na budowę zamiennego o ile będzie taki wymóg, pełnienie nadzoru autorskiego w trakcie trwania budowy,

- art. 29 ust. 1 Pzp. w związku z art. 647 k.c. poprzez wprowadzenie w załączniku nr 1 do siwz „Opis Przedmiotu zamówienia” w pkt 1.3. tiret 2 zapisu o obowiązku „zweryfikowania dostarczonych przez Zamawiającego dokumentów wyjściowych do projektowania w szczególności sprawdzenie zapotrzebowań na media”

- art. 2 ust. 2 ustawy z dnia 4 lutego 1994r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych poprzez zlecenie wykonania projektów wykonawczych, nadzoru autorskiego oraz zmian w projekcie budowlanym bez jednoznacznego wskazania, iż zamawiający dysponuje prawami zależnymi do projektu budowlanego,

- naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 Pzp. poprzez wpisanie w Części I. 1, iż „ w przypadku sprzeczności między Projektem budowlanym a PFU oferent powinien uwzględnić w wycenie wariant droższy. Ostateczna decyzja należy do Zamawiającego w chwili realizacji.”,

- naruszenie art. 29 ust. 1 Pzp poprzez zobligowanie wykonawcy w pkt 1.2. PFU do wykonania dodatkowych badań geotechnicznych na terenie budowy dla potrzeb posadowienia obiektu pomimo, iż podstawą realizacji ma być projekt budowlany, który został zaprojektowany przy określonych założeniach geotechnicznych,

- naruszenie art. 29 ust 1 i 2 Pzp oraz art. 57 ust. 1 pkt 2 Prawa budowlanego poprzez zobligowanie wykonawców do wykonania przedmiotu zamówienia niezgodnie z projektem budowlanym tj. - nałożenie w pkt 1.2. ppkt b) obowiązku kalkulowania betonu wyższej klasy niż w Projekcie budowlanym bez określenia precyzyjnego o jaką klasę chodzi,

- naruszenie art. 29 ust 1 i 2 ustawy, poprzez wskazanie w PFU pkt 1.2. b), że wykonawca powinien przewidzieć wymianę gruntów organicznych i nienośnych występujących poniżej poziomu posadowienia bez podania ile gruntów jest w projekcie przewidzianych do wymiany oraz w ogłoszeniu o zamówieniu poprzez zapis: „Zakres prac ziemnych związanych z wymianą gruntów powinien ustalić nadzór geotechniczny w trakcie przygotowania wykopu fundamentowego.”

- naruszenie art. 29 ust 1 Pzp w zw. z art. 647 k.c. poprzez wprowadzenie w pkt 1.13 warunków szczególnych kontraktu obowiązku uzyskania przez Wykonawcę wszelkich zezwoleń, zatwierdzeń, decyzji i innych dokumentów wymaganych dla wykonania Robót

lub dostarczenia albo usunięcia Materiałów, Dóbr i Urządzeń, które nie zostały uzyskane lub przekazane wykonawcy przez zamawiającego przed lub w dniu zawarcia Kontraktu,

- naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy, przez brak określenia wielkości i zakresu robót archeologicznych w tym inwentaryzacji i rozbiórki obiektów archeologicznych, przy jednoczesnym wykreśleniu w Warunkach Szczególnych umowy Fidic klauzuli 4.24 pkt (b) tj. możliwości ubiegania się o dodatkowy koszt,

- naruszenie art. 29 ust. 1 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp oraz art. 353¹ k.c. w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp poprzez bezprawne wprowadzenie do projektu umowy warunków prowadzących do pokrzywdzenia wykonawcy w szczególności poprzez:

1. modyfikację warunków FIDIC w ten sposób, iż usunięto w klauzuli 7.4 „dokonywanie prób” pkt b, dotyczący możliwości ubiegania się o koszt w przypadku, gdy Inżynier zgodnie z klauzulą 13, zmieni miejsce lub szczegóły wyspecyfikowanych prób lub poleci Wykonawcy przeprowadzenie dodatkowych prób,

2. modyfikację warunków FIDIC w ten sposób, że w klauzuli 8.4 warunków szczególnych wykreślono treść pod literą c czyli skreślono ubieganie się o przedłużenie czasu na ukończenie w przypadku wystąpienia niesprzyjających warunków atmosferycznych, pomimo, iż termin zakończenia realizacji jak na wielkość inwestycji oraz brak jej należytego przygotowania w zakresie kompletności dokumentacji przetargowej jest krótki, a warunki atmosferyczne są okolicznością w żaden sposób od Wykonawcy niezależną, chociaż ze względu na technologię wykonywania robót mogą skutecznie uniemożliwić prowadzenie prac realizacyjnych,

3. modyfikację warunków FIDIC w ten sposób, iż w warunkach szczególnych umowy wykreślono w klauzuli 8.9 w pkt 9 (b) możliwość ubiegania się o koszt w przypadku zawieszenia robót, pomimo, iż jest to okoliczność zależna od Zamawiającego, a proponowane rozwiązanie zawarcia odrębnej umowy na niniejszy koszt nie znajduje podstawy prawnej w przepisach kodeksu cywilnego,

4. modyfikację warunków FIDIC w ten sposób, iż w warunkach szczególnych umowy wykreślono w klauzuli 10.3 wykreślono pkt (b) czyli możliwość ubiegania się o koszt w przypadku powstania przeszkody w Próbach Końcowych z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego,

5. modyfikację warunków FIDIC w ten sposób, iż w warunkach szczególnych umowy wykreślono w klauzuli 16.2 podpunkty d oraz e czyli możliwość odstąpienia od umowy przez Wykonawcę w sytuacji, gdy Zamawiający nie wykonuje swoich zobowiązań wg kontraktu oraz Zamawiający nie stosuje się do klauzuli 1.6 (akt umowy)

lub do subklauzuli 1.7 (Cesja kontraktu), co znacząco ogranicza zasadę swobody umów oraz godzi w zasadę równości stron,

6. modyfikację warunków FIDIC w ten sposób, iż w warunkach szczególnych umowy wykreślono w klauzuli 17.4 wprowadzono nową treść punktu b akapitu drugiego, co skutkuje brakiem możliwości ubiegania się o koszt z tytułu naprawy straty lub szkody w Robotach, Dobrach lub dokumentach z przyczyn leżących po stronie zamawiającego.

Skanska wносиła o nakazanie zamawiającemu zmiany specyfikacji - w tym wzorca umownego w zakresie objętym zarzutami - w szczególności, w ten sposób, że:

- jednoznacznie wskaże, co jest przedmiotem zamówienia w szczególności poprzez doprecyzowanie na ile będą konieczne zmiany istniejącego projektu budowlanego oraz pozwolenia na budowę, czy możliwa jest zmiana całego projektu np. w przypadku, gdy dodatkowe badania geologiczne wskażą na diametralnie odmienne warunki gruntowe i konieczność zastosowania odmiennych rozwiązań projektowych oraz ustali jasne i czytelne zasady rozliczenia za wykonywane zmiany projektowe do istniejącego projektu budowlanego bądź koszt wykonania całkowicie nowego projektu w przypadku, gdy zajdzie taka potrzeba,
- dokona modyfikacji warunków szczególnych umowy poprzez ponowne wprowadzenie możliwości ubiegania się o koszt we wszystkich przypadkach wskazanych w zarzutach w sytuacji gdy koszt powstanie z przyczyn leżących po stronie zamawiającego i/lub o zmianę czasu na ukończenie w przypadku wystąpienia niekorzystnych warunków atmosferycznych.

14 listopada 2012 r. w formie faksu do Izby wpłynęła odpowiedź na odwołanie w której zamawiający wskazał, że uwzględni zarzuty przedmiotowego odwołania w całości.

Z ustaleń Izby wynika, że po stronie odwołującego przystąpili wykonawcy: Warbud S.A. , Aleje Jerozolimskie 162a, 02-342 Warszawa oraz Budimex S,A. ul. Stawki 40, 01-0140 Warszawa. Natomiast po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca.

Izba zważyła, co następuje.

Zgodnie z art. 186 ust. 2 Pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie 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.

Użyty w przywołanym przepisie czasownik „może” wskazuje na etap postępowania odwoławczego, na jakim Izba może wydać postanowienie o umorzeniu postępowania. Zgodnie z art. 186 ust.1 Pzp zamawiający może wnieść odpowiedź na odwołanie. Odpowiedź na odwołanie wnosi się na piśmie lub ustnie do protokołu. Zamawiający jest zatem uprawniony do uwzględnienia zarzutów odwołania w każdym czasie.

Wskazać też należy, że przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, inaczej, niż przepisy kodeksu postępowania cywilnego, nie dają Izbie możliwości kontrolowania oświadczeń stron pod kątem ich zgodności z przepisami prawa. W konsekwencji oświadczenie Zamawiającego o uwzględnieniu zarzutów odwołania w całości wyczerpuje dyspozycję art. 186 ust. 2 zdanie 1 Pzp i obliguje Izbę do umorzenia postępowania odwoławczego.

Izba wskazuje, iż zarzuty i żądania stanowią dwie odrębne kategorie prawne, z mocy art. 180 ust. 3 Pzp oraz § 4 ust. 1 pkt 6) i 7) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. Nr 48, poz. 280). Izba przy rozpoznawaniu odwołania związana jest wyłącznie zarzutami, nie zaś żądaniami odwołania zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp. Analogicznie art. 186 ust. 2 zdanie 1 Pzp wskazuje, że oświadczenie o uwzględnieniu zarzutów, nie odnosi się do sposobu w jaki Zamawiający zamierza wykonać swoje zobowiązanie do wykonania czynności zgodnie z żądaniami odwołania. Skoro zamawiający uwzględnił zarzuty przedmiotowego odwołania w całości to zobowiązany jest do wykonania wadliwych czynności zgodnie z żądaniami wynikającymi z treści odwołania. Przeciwnie działanie narusza art. 186 ust. 2 zdanie drugie Pzp.

Wobec ustalenia przez Izbę, że:

1. zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu,
2. po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca,

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron, zgodnie z treścią art. 186 ust. 2 ustawy oraz §13 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 186 ust 6 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

.....