

POSTANOWIENIE
z dnia 30 października 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Bartczak-Żuraw

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 30 października 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 października 2012 r. przez **SKANSKA S.A., 01-518 Warszawa, ul. Gen. Zajęczka 9** od czynności podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez Zamawiającego - **Gmina Miasto Toruń, 87-100 Toruń, ul. Wały gen. Sikorskiego 8**

postanawia:

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze,**
- 2. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **SKANSKA S.A., 01-518 Warszawa, ul. Gen. Zajęczka 9** kwoty **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczzonego wpisu.**

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Toruniu**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Gmina Miasto Toruń, 87-100 Toruń, ul. Wały gen. Sikorskiego 8 (dalej „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”) na budowę hali sportowo - widowiskowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą przy ul. Bema w Toruniu. Wartość przedmiotowego zamówienia na roboty budowlane oszacowano na kwotę wyższą niż wyrażona w złotych równowartość kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu (dalej "Ogłoszenie") zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 13 października 2012 r., numer ogłoszenia 2012/S 198-325066.

W dniu 23 października 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy SKANSKA S.A., ul. Gen. Zajęczka 9, 01-518 Warszawa (dalej „Odwołujący”) wobec treści Ogłoszenia oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej "SIWZ"). Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2, art. 31 ust. 1 i 4 oraz art. 140 ustawy Pzp, a także § 5 ust. 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 02.09.2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno użytkowego (Dz. U. z 2004 r., Nr 202, poz. 2072 ze zm.) poprzez niejednoznaczne i niewyczerpujące opisanie przedmiotu zamówienia z uwagi na nieuwzględnienie wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a tym samym poprzez opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą niekompletnej dokumentacji projektowej, czyli w sposób wadliwy, co z kolei narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców, gdyż niejednoznaczność i brak wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia de facto uniemożliwia złożenie przez Wykonawców porównywalnych ofert oraz stwarza uzasadnione ryzyko, iż zakres wynikającego z umowy w sprawie zamówienia publicznego świadczenia wykonawcy, którego oferta zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza, nie będzie tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie.

Odwołujący stwierdzał, że do dokumentów przetargowych wprowadzono postanowienia o treści naruszającej ww. przepisy:

- 1) w pkt. II.1.5) ppkt. 1.5 Ogłoszenia Zamawiający zamieścił zapis w brzmieniu „Przedmiot zamówienia obejmuje wszelkie prace, jakie są konieczne do realizacji

zadania zgodnie z dokumentacją techniczną, co może oznaczać, iż niektóre z wykonanych już prac i elementów będą musiały zostać powtórzone lub poprawione, ewentualnie rozebrane i wykonane ponownie, zgodnie z zasadami wiedzy technicznej oraz przy uwzględnieniu stanu w jakim znajduje się obecnie przedmiot zamówienia. Postanowienia niniejsze dotyczą prac wykonanych w ramach umowy nr 1/2011 z 7.4.2011 r., o której mowa w ppkt 1.3.lit.a.,

- 2) w pkt. 1.5 SIWZ Zamawiający zamieścił zapis w brzmieniu „Przedmiot zamówienia obejmuje wszelkie prace, jakie są konieczne do realizacji zadania zgodnie z dokumentacją techniczną, co może oznaczać, iż niektóre z wykonanych już prac i elementów będą musiały zostać powtórzone lub poprawione, ewentualnie rozebrane i wykonane ponownie, zgodnie z zasadami wiedzy technicznej oraz przy uwzględnieniu stanu w jakim znajduje się obecnie przedmiot zamówienia. Postanowienia niniejsze dotyczą prac wykonanych w ramach umowy nr 1/2011 z 7 kwietnia 2011 r., o której mowa w ppkt 1.3.lit. a. ”,
- 3) w § 1 ust. 5 (błędnie oznaczony jako ust. 1) wzoru umowy (załącznik nr 4 do SIWZ) (dalej "wzór umowy"), Zamawiający zamieścił zapis w brzmieniu „Przedmiot umowy obejmuje wszelkie prace, jakie są konieczne do realizacji zadania zgodnie z dokumentacją techniczną, co może oznaczać, iż niektóre z wykonanych już prac i elementów będą musiały zostać powtórzone lub poprawione, ewentualnie rozebrane i wykonane ponownie, zgodnie z zasadami wiedzy technicznej oraz przy uwzględnieniu stanu w jakim znajduje się obecnie przedmiot umowy. Postanowienia niniejsze dotyczą prac wykonanych w ramach umowy nr 1/2011 z 7 kwietnia 2011 r., o której mowa w ust. 3 pkt 1 ”.

Wobec powyższego Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu zmodyfikowania treści Ogłoszenia i postanowień SIWZ poprzez wprowadzenie następujących zmian:

- 1) w pkt. II. 1.5) Ogłoszenia wykreślić zapis ppkt. 1.5 w całym jego brzmieniu;
- 2) wykreślić zapis pkt. 1.5 SIWZ w całym jego brzmieniu;
- 3) w § 1 wzoru umowy (załącznik nr 4 do SIWZ) wykreślić zapis ust. 5 (błędnie oznaczony jako ust. 1) w całym jego brzmieniu;

lub

- 4) dokonanie w kwestionowanych niniejszym odwołaniem postanowieniach dokumentów przetargowych takich zmian, z których jednoznacznie wynikać będzie, iż Zamawiający zapłaci wykonawcy przedmiotowego zamówienia zwiększone wynagrodzenie, uwzględniające koszt ponownego wykonania prac i elementów, o których mowa w pkt. II.1.5) ppkt. 1.5 Ogłoszenia, pkt. 1.5 SIWZ oraz § 1 ust. 5 (błędnie oznaczony jako ust. 1) wzoru umowy, a których Zamawiający nie jest w stanie określić na etapie przetargu, oraz wprowadzenie do wzoru umowy postanowień przewidujących odpowiednie zwiększenie ryczałtowego wynagrodzenia umownego w przypadku zaistnienia okoliczności, o których mowa w pkt. II. 1.5) ppkt. 1.5 Ogłoszenia, pkt. 1.5 SIWZ oraz § 1 ust. 5 (błędnie oznaczony jako ust. 1) wzoru umowy.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu 23 października 2012 r.

W dniu 24 października 2012 r. Zamawiający wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym i zamieścił kopię odwołania na stronie internetowej.

Izba ustaliła, że do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w niniejszym postępowaniu żaden z wykonawców nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego na podstawie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp.

Dnia 29 października 2012 r. do Prezesa Krajowej Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołanie (pismo z 26 października 2012 r.), w której Zamawiający poinformował, iż w dniu 25 października 2012 r. przesłał Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszenie o zmianie ogłoszenia. Ponadto w tym samym dniu dokonał modyfikacji treści SIWZ oraz wzoru umowy. Wskazane dokumenty zamieścił na swojej stronie internetowej. Tym samym uwzględnił żądania odwołania w całości. Informował także, że w dniu 24 października 2012 r. zamieścił na swojej stronie internetowej kopię złożonego odwołania wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego. W związku z powyższym na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp wnosił o umorzenie postępowania odwoławczego. Odpowiedź na odwołanie została podpisana przez działającego z upoważnienia Prezydenta Miasta Torunia Zastępcę Prezydenta Z..... F.....

Skoro zatem Zamawiający poinformował, że dokonał modyfikacji Ogłoszenia oraz SIWZ i wzoru umowy zgodnie z żądaniami odwołania, przyjąć należy, że Zamawiający uznał w pełni zasadność zarzutów Odwołującego, pomimo iż literalnie wskazał jedynie na uwzględnienie w całości żądań odwołania. Powyższe oświadczenie Zamawiającego nie podlega ocenie przez Izbę co do jego zasadności, w związku z czym Krajowa Izba

Odwoławcza jest nim związana. W konsekwencji powyższe oświadczenie Zamawiającego obliguje Krajową Izbę Odwoławczą do umorzenia postępowania odwoławczego.

W sytuacji umorzenia postępowania w związku z uwzględnieniem zarzutów, ustawodawca nałożył na Zamawiającego obowiązek wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu (art. 186 ust. 2 ustawy Pzp). Na zrealizowanie powyższego obowiązku wskazuje treść odpowiedzi na odwołanie.

W związku z tym, wobec ustalenia, że:

1. Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu (przed otwarciem posiedzenia z udziałem stron w sprawie przedmiotowego odwołania);
2. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca,

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego, zgodnie z treścią art. 186 ust. 2 ustawy Pzp.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 1) ustawy Pzp, orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty uiszczonej przez Odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych tytułem wpisu od odwołania stosownie do treści § 5 ust. 1 pkt 1) 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....