

**POSTANOWIENIE**

**z dnia 2 grudnia 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu **2 grudnia 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 listopada 2013 r.

przez wykonawcę: **Usługi Ogólnobudowlane R..... D....., Chodzież**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Przebudowa, nadbudowa i rozbudowa istniejącego budynku klubowego na terenie działek 501/8 i 504/12 w Charzykowych przy ulicy Rybackiej 8 gmina Chojnice woj. pomorskie*

prowadzonym przez zamawiającego: **Ludowy Klub Sportowy Charzykowy z siedzibą w Charzykach**

**orzeka:**

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze.**
- 2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Usług Ogólnobudowlanych R..... D..... z Chodzieży kwoty 10000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez tego odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 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 **Słupsku**.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Ludowy Klub Sportowy Charzykowy z siedzibą w Charzykowach – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. *Przebudowa, nadbudowa i rozbudowa istniejącego budynku klubowego na terenie działek 501/8 i 504/12 w Charzykowych przy ulicy Rybackiej 8 gmina Chojnice woj. pomorskie*. Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 30 września 2013 r. pod nr 394210-2013, w tym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej, na której udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej zwaną w skrócie „s.i.w.z.” lub „SIWZ”). Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

15 listopada 2013 r. Zamawiający przekazał drogą elektroniczną Odwołującemu – Usługom Ogólnobudowlanym R..... D..... z Chodzieży – informację o wyborze najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp.

20 listopada 2013 r. wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej odwołanie, w którym Odwołujący odwołał się od odrzucenia jego oferty, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 8 pzp, a także wnosząc o nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołujący sprecyzował zarzut podając następujące okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania.

Odwołujący zrelacjonował, że w zawiadomieniu o odrzuceniu jego oferty Zamawiający stwierdził, iż zaoferowany w ofercie trzydziestoletni termin gwarancji jest terminem czysto teoretycznym, co czyni wykonanie przez Odwołującego zobowiązań gwarancyjnych przez niemożliwym, a tym samym nie jest możliwe podpisanie z nim umowy na wykonanie zamówienia, gdyż z mocy ustawy byłaby ona nieważna – na mocy art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego, który stanowi, że umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z pkt 15 SIWZ Zamawiający ustanowił kryteria wyboru oferty przyznając punkty odpowiednio za: cenę – waga kryterium 70 % – cena

najniższa otrzymuje 70 pkt; termin realizacji – waga kryterium 20 % – najkrótszy termin otrzymuje 20 pkt, gwarancja – waga kryterium 10 % – najdłuższa gwarancja otrzymuje 10 pkt. Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający nie ograniczył w SIWZ górnej granicy udzielonej gwarancji lub górnej wartości zaoferowanej gwarancji podlegającej ocenie. Wobec powyższych zapisów SIWZ, wskazujących na to, że Zamawiający zainteresowany jest udzieleniem przez wykonawców jak najdłuższej gwarancji, Odwołujący zaoferował 360 miesięczny okres gwarancji. {Odwołujący przedstawił w odwołaniu symulację oceny jego oferty, zgodnie z którą uzyskałby łącznie większą liczbę punktów niż oferta uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą.}

7 listopada 2013 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia, czy zaproponowany okres gwarancji wynoszący 30 lat nie jest ewidentną pomyłką. A jeżeli nie, Zamawiający domagał się wskazanie sposobów zapewnienia wywiązania się z zaproponowanego okresu.

8 listopada 2013 r. Odwołujący udzielił odpowiedzi potwierdzającej, że zaoferowany okres gwarancji nie jest oczywistą omyłką pisarską, a wynikiem świadomej decyzji, której skutków jest również świadomy. {Do odwołania załączono treść tego pisma}.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty powołał się na to pismo, zarzucając, że Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na to, że: po pierwsze – podobne okresy gwarancyjne zaproponował innym swoim kontrahentom, po drugie – ma podpisane umowy gwarancyjne z dostawcami materiałów, które zamierza wykorzystać podczas realizacji zamówienia. Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie oczekiwał takich informacji, a przynajmniej nie sprecyzował pytania w sposób, który mógłby wskazywać konieczność ich wykazania. Sposób realizacji warunków gwarancji wynika z treści projektu umowy, który zobowiązuje wykonawcę zamówienia do terminowego usunięcia wad i usterek pod groźbą naliczenia kary umownej i utraty wniesionego zabezpieczenia. Odwołujący wskazał również, że Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty poinformował, że zwrócił się z prośbą o opinię do biegłego rzeczoznawcy, który stwierdził, że *zaoferowany przez oferenta termin gwarancji jest czysto teoretyczny*; nie stwierdził jednak że jest to termin niemożliwy. Zgodnie z art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. Odwołujący podniósł, że niemożliwość świadczenia według poglądów przedstawicieli doktryny powinna być: po pierwsze – obiektywna tzn. danego świadczenia nie jest w stanie spełnić nie tylko dłużnik ale w ogóle nikt; po drugie – pierwotna, czyli istniejąca w chwili zawarcia umowy, natomiast później zaistniała niemożliwość świadczenia nie skutkuje nieważnością umowy, lecz może uzasadniać odpowiedzialność kontraktową; po trzecie – nieprzemijająca; niemożliwość

świadczenia zachodzi również wtedy, gdy wynika z przepisów prawa – niemożliwość prawna.

Odwołujący oświadczył, że jego przypadku nie zachodzi żadna z powyższych przesłanek świadczących o niemożliwości świadczenia. Istotą zawarcia umowy w przedmiotowej sprawie jest wykonanie prac budowlanych polegających na remoncie szatni i pomieszczeń trenerskich. To założenie w 100% gwarantuje oferta, a więc w zakresie głównym, wykonanie świadczenia jest jak najbardziej możliwe. Ponadto świadczenie ma zostać wykonane w określonym terminie, i to o trzydzieści dni krótszym niż wymagany przez Zamawiającego, jednak i tego warunku nie kwestionuje Zamawiający. Natomiast wykonane i odebrane zostaną objęte gwarancją. Zdaniem Odwołującego Zamawiający z niezrozumiałych powodów uznaje gwarancję 7-letnią (wybranego oferenta) za możliwą, a 30-letnią za niemożliwą. W ocenie Odwołującego zaoferowany przez niego okres gwarancji jest dłuższy niż wymagany, na jego ryzyko i odpowiedzialność. Trzydziestoletni okres gwarancji nie jest niemożliwy, może natomiast wiązać się w przyszłości z odpowiedzialnością kontraktową, czego Odwołujący jako udzielający gwarancji jest w pełni świadomy. Zdaniem Odwołującego nie bez znaczenia dla trwałości takiego zobowiązania i pewności Zamawiającego co do jego wykonania jest fakt, że jest ono dziedziczne.

Odwołujący powołał się również na art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byleby tylko jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadą współzycia społecznego. Odwołujący stwierdził, że zasada ta, co prawda, na gruncie Prawa zamówień publicznych doznaje pewnego ograniczenia, które w głównej mierze kreuje zamawiający, jednak jeżeli zamawiający inaczej nie postanowi tzn. nie skorzysta z przysługującego mu prawa np. ograniczenia okresu gwarancji, to stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego. W przedmiotowej sprawie Zamawiający nie skorzystał z takiego prawa. Ponadto Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 638 kc jeżeli z przepisów poprzedzających nic nie wynika, do rękojmi za wady dzieła stosuje się przepisy o rękojmi przy sprzedaży, które odnoszą się tylko i wyłącznie do minimalnego okresu gwarancji. Nie istnieje górna, ustawowa granica, określająca maksymalny termin udzielonej gwarancji. Co więcej, art. 558 § 1 kc stanowi, że strony mogą odpowiedzialność z tytułu rękojmi rozszerzyć, ograniczyć lub wyłączyć. Istnieje więc w tym zakresie swoboda, a sam charakter przepisu określa się jako dyspozytywny.

Odwołujący podkreślił również, że wieloletnie okresy gwarancji na produkt nie są rzadkością. Dla przykładu podał oficjalne informacje, dostępne na stronach internetowych wybranych firm:

- Armatura Kraków – podaje 100 lat gwarancji na elementy odlewane oferowanej

armatury;

- Firma CRH KLINKIER sp. z o.o. – podaje 30 lat gwarancji na płytki klinkierowe;
- Producent dachówki Roben Ceramika Budowlana – podaje 30 lat gwarancji na dachówkę;
- Firma Kopp – Podłogi Naturalne – podaje 30 lat gwarancji na podłogi drewniane.

Odwołujący dodał, że nikt, w tym Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumenta, nie kwestionuje takich terminów i nie twierdzi, że są niemożliwe, a należy pamiętać, że często dotyczą konsumentów objętych szczególną ochroną ustawodawcy.

26 listopada 2013 r. Zamawiający poinformował, że 21 listopada 2013 r. kopia odwołania została przesłana pozostałym uczestnikom postępowania drogą elektroniczną oraz listem poleconym.

Izba ustaliła, że do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w tej sprawie.

26 listopada 2013 r. wpłynęła do Izby drogą elektroniczną (29 listopada 2013 r. w formie pisemnej) odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający oświadczył, że – zgodnie z art. 186 ust. 1 i 2 ustawy pzp – uznaje w całości treść odwołania i jednocześnie wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego.

**W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:**

Skuteczne skorzystanie przez którąkolwiek ze stron postępowania odwoławczego z przysługującej jej tzw. czynności dyspozytywnej (uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego, cofnięcia odwołania przez odwołującego) – powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania.

Zamawiający wyraził w piśmie z 26 listopada 2013 r. w sposób niebudzący wątpliwości wolę uwzględnienia w całości zarzutu przedstawionego w odwołaniu. Izba zważyła, że dla wywarcia skutku postaci możliwości umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego konieczne i wystarczające jest uwzględnienie przez zamawiającego w całości zarzutów zawartych w odwołaniu. Natomiast dalsze czynności, które zamawiający podejmie w celu uczynienia zadość żądaniom odwołania, pozostają poza oceną Izby w ramach ustalenia zaistnienia przesłanki umorzenia postępowania odwoławczego.

Wobec stwierdzenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione

## **Sygn. akt KIO 2686/13**

w odwołaniu, a po jego stronie nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego żaden wykonawca – Izba, działając na podstawie art. 186 ust. 2 w zw. z art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy pzp, umorzyła postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, że ponieważ uwzględnienie w całości zarzutów odwołania nastąpiło przed otwarciem posiedzenia, z mocy art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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: .....**