

Sygn. akt: KIO 2883/13

POSTANOWIENIE
z dnia 27 grudnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 27 grudnia 2013 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 grudnia 2013 r. przez

Skanska S.A. ul. Generała Zajęczka 9, 01-518 Warszawa

w postępowaniu prowadzonym przez

Uniwersytet Artystyczny w Poznaniu al. Marcinkowskiego 29, 60-967 Poznań

przy udziale wykonawcy **Budimex S.A. ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

postanawia:

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze,**
- 2. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Skanska S.A. ul. Generała Zajęczka 9, 01-518 Warszawa kwoty 20 000,00 złotych (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych) stanowiącej uiszczony wpis.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Poznaniu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Uniwersytet Artystyczny w Poznaniu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „poprawę jakości oferty edukacyjnej i kulturalnej poprzez rewitalizację, przebudowę i rozbudowę Uniwersytetu Artystycznego w Poznaniu. Etap II. Rewitalizacja, przebudowa i rozbudowa budynków Uniwersytetu Artystycznego w Poznaniu” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907), w trybie przetargu ograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 24 sierpnia 2013 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2013/S 164-284976, a wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

16 grudnia 2013 r. odwołujący – Skanska S.A. wniósł odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1, art. 140 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 5 Kodeksu cywilnego,
2. art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 5 Kodeksu cywilnego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu modyfikacji wskazanych w uzasadnieniu odwołania postanowień umownych poprzez wykreślenie postanowień umownych lub sformułowanie ich w sposób nie naruszający przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, iż w załączniku nr 3 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Dokumentacja projektowa. Projekt wykonawczy. Branża: 2.2. Architektura”, opis techniczny, rozdział 7. zamawiający zawarł postanowienie: „Intencją wzorcowania jest zapewnienie najwyższej jakości rozwiązań architektonicznych w realizowanym obiekcie”.

Wykonawca na etapie realizacji jest zobowiązany przedstawiać zamawiającemu modele (wzory) wyrobów albo makiety rozwiązań fragmentów obiektu do zatwierdzenia. Dokumentacja projektowa opisuje zatem wszystkie materiały i rozwiązania poprzez przytoczenie oczekiwanych od danego wyrobu parametrów lub cech. Sformułowanie dotyczące intencji wzorcowania może spowodować sytuację, iż pomimo spełnienia wszystkich parametrów wskazanych w dokumentacji, zamawiający odrzuci zaproponowane przez wykonawcę rozwiązania, gdyż zdaniem zamawiającego po przeprowadzeniu wzorcowania nie będą zapewniać najwyższej jakości rozwiązań architektonicznych. Wykonawca zaś składając ofertę oferuje i kalkuluje konkretne wyroby budowlane, zgodnie

z parametrami określonymi w projekcie i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które stanowią treść oferty. Zatem zmiana zaoferowanych wyrobów budowlanych na etapie realizacji umowy, mimo spełnienia wymagań projektowych i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, powoduje *de facto* zmianę treści oferty. Ponadto narusza uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, którzy wskazując konkretne wyroby na etapie oferty kalkulują je w swojej cenie i może prowadzić do nieporównywalności ofert.

W postanowieniach umownych w §11 ust. 4 umowy wskazano, iż w przypadku odstąpienia od umowy z winy wykonawcy, wykonawcy nie przysługuje wynagrodzenie za roboty w toku (wykonane, a nieodebrane przez zamawiającego). Postanowienie to narusza zasady współzycia społecznego, bowiem bez względu na odstąpienie od umowy, wykonawcy należy się wynagrodzenie za roboty, które wykonał, jeśli prace te zostały wykonane prawidłowo.

Zgodnie z informacją przesłaną przez zamawiającego, kopię odwołania przekazał on wykonawcom 17 grudnia 2013 r.

Do dnia wydania niniejszego postanowienia nie zgłoszono żadnego przystąpienia po stronie zamawiającego.

27 grudnia 2013 r. zamawiający przesłał do Izby pismo, w którym oświadczył, iż w odpowiedzi z dnia 18 grudnia i 20 grudnia 2013 r. na pisma wykonawców dokonał modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w pełni uwzględniającej zakres odwołania z 16 grudnia 2013 r. poprzez wykreślenie lub modyfikację zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowiących przedmiot odwołania. Zamawiający przedstawił też ww. pisma z 18 i 20 grudnia 2013 r.

Po zapoznaniu się z powyższym pismem zamawiającego Izba stwierdziła, iż mimo braku w nim oświadczenia, że „zamawiający uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu”, takie uwzględnienie zarzutów w całości *de facto* nastąpiło, a zamawiający wykonał żądania odwołującego, tj. wykreślił zapis dotyczący wzorcowania w załączniku nr 3 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Dokumentacja projektowa. Projekt wykonawczy. Branża: 2.2. Architektura”, opis techniczny, rozdział 7.

Zamawiający zmienił również kwestionowane postanowienie § 11 ust. 4 wzoru umowy na następujące: „W terminie siedmiu dni od daty odstąpienia od umowy Wykonawca sporządzi protokół inwentaryzacji robót w toku wg stanu na dzień odstąpienia i przedstawi go zamawiającemu do akceptacji. (...) Zaakceptowany przez Zamawiającego protokół robót w toku będzie podstawą do wystawienia przez Wykonawcę dla Zamawiającego faktury za prawidłowo wykonane roboty w toku.”

Tym samym zaistniała sytuacja opisana w art. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i zachodzą przesłanki umożliwiające umorzenie postępowania odwoławczego. Zatem, zgodnie z przepisem art. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba orzekła 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 i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: