

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 19 grudnia 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodniczący:     Bartosz Stankiewicz  
                              Robert Skrzyszewski  
                              Klaudia Szczytowska-Maziarz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania w dniu 19 grudnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 grudnia 2018 r. przez wykonawcę **Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o.** z siedzibą w Wysokiej przy ul. Lipowej 5A (52-200 Wrocław) postępowaniu, w którym zamawiającym jest **Skarb Państwa, Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie** z siedzibą przy ul. Wroniej 53 (00-874 Warszawa), prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze z siedzibą przy ul. Bohaterów Westerplatte 31 (65-950 Zielona Góra)

przy udziale wykonawcy **PORR S.A.** z siedzibą w Warszawie przy ul. Hołubcowej 123 (02-854) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 20 000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy **Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o.** z siedzibą w Wysokiej, 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 2018 r., poz. 1986) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....

.....

### **Uzasadnienie**

Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie w imieniu, którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze, zwany dalej: „zamawiającym”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. - Dz. U. z 2018 r., poz. 1986), zwanej dalej: „Pzp” pn.: „Budowa autostrady A18 Olszyna-Golenice (przebudowa jezdni południowej) odcinek 2 od 11+860 do km 33+760” (Numer referencyjny: O.ZG.D-3.2411.8.2018).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 6 grudnia 2018 r., pod numerem 2018S 235-536558.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Wykonawca – Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o. z siedzibą w Wysokiej zwany dalej: „odwołującym” w dniu 17 grudnia 2018 r. wniósł odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 357<sup>1</sup> k.c., art. 358<sup>1</sup> § 3 k.c., art. 632 § 2 k.c. w związku z art. 5, art. 353<sup>1</sup> k.c. oraz art. 58 k.c. w zw. z art. 14, art. 139 ust. 1 Pzp oraz art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp poprzez wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i rażące uprzywilejowanie w treści projektu umowy pozycji zamawiającego, wbrew zasadom współżycia społecznego i właściwości stosunku prawnego, w sposób stanowiący nadużycie prawa, poprzez wyłączenie możliwości stosowania przepisów będących podstawą do sądowej zmiany umowy;  
a w konsekwencji naruszenie
- 2) art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 29 ust. 2 Pzp poprzez naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a to przez zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w sposób umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji i wypełnienie obowiązków inwestora związanych z przygotowaniem postępowania, w szczególności przez przerzucenie na wykonawcę wszelkich ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia;
- 3) art. 29 ust. 1 Pzp w zw. z art. 357<sup>1</sup> k.c., art. 358<sup>1</sup> k.c., art. 632 § 2 k.c. oraz w zw. z art. 14 i 139 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich okoliczności mających

wpływ na sporządzenie oferty, a to przez nałożenie na wykonawcę obowiązku uwzględnienia w ofercie zdarzeń nieprzewidywalnych i nadzwyczajnych.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany warunków przyszłej umowy poprzez wykreślenie postanowienia: „*W związku z wprowadzeniem waloryzacji umownej Strony wyłączają stosowanie art. 357<sup>1</sup> KC, art. 358<sup>1</sup> § 3 KC, art. 632 § 2 KC*”.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania przedstawił okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające - w jego ocenie - wniesienie środka ochrony prawnej.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 185 ust. 2 i 3 Pzp, Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym, jako uczestnika wykonawcę PORR S.A. z siedzibą w Warszawie zwanego dalej „przystępującym”, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

W dniu 19 grudnia 2018 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że „uwzględni odwołanie w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu”.

Do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie po stronie zamawiającego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne Krajowa Izba Odwoławcza (zwana dalej: „Izbą”) stwierdziła, że w świetle oświadczenia zamawiającego zachodzi podstawa do umorzenia postępowania odwoławczego zgodnie z art. 186 ust. 2 Pzp. Zgodnie z art. 186 ust. 2 zd. 1 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.*

Skuteczne skorzystanie przez zamawiającego z przysługującej mu czynności dyspozytywnej (uwzględnienia w całości zarzutów odwołania) powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania. Ponadto po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca.

W związku z ww. okolicznościami Izba umorzyła postępowanie odwoławcze. Natomiast dalsze czynności, które zamawiający podjął lub podejmie w celu uczynienia zadość żądaniom odwołania, pozostają poza oceną Izby w ramach ustalenia zaistnienia przesłanki umorzenia postępowania odwoławczego. Podkreślić też należy, iż zgodnie z dyspozycją art. 186 ust. 2 Pzp ustawodawca nałożył na zamawiającego obowiązek wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Stosownie do art. 192 ust. 1 Pzp o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Orzeczenie Izby w rozpatrywanej sprawie w żadnym zakresie nie miało charakteru merytorycznego, zatem przybrało postać postanowienia.

W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. 186 ust. 2 zd. 1 i art. 192 ust. 1 zd. 2 Pzp, postanowiła jak w pkt 1 sentencji niniejszego orzeczenia.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 1) Pzp, uznając, że znoszą się one wzajemnie. Jednocześnie, mając na względzie fakt, iż uwzględnienie przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości nastąpiło przed otwarciem rozprawy, Izba nakazała dokonanie na rzecz odwołującego zwrotu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 lit. a) 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....

.....