

Sygn. akt: KIO 407/13

**POSTANOWIENIE**  
z dnia 27 lutego 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 27 lutego 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lutego 2013 r. przez **wykonawcę MOTA ENGIL CENTRAL EUROPE Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, ul. Wadowicka 8W** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Częstochowa – Miejski Zarząd Dróg i Transportu w Częstochowie, ul. Popiełuszki 4/6**

przy udziale wykonawcy **BUDIMEX Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 407/13 po stronie odwołującego

**postanawia:**

1. Umorzyć postępowanie odwoławcze
2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 20 000zł. 00 gr. (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **MOTA ENGIL CENTRAL EUROPE Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, ul. Wadowicka 8W** tytułem wpisu 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 w **Częstochowie**.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na przebudowę DK-91 w Częstochowie – ul. Warszawska i Rędziańską wraz z budową węzła DK – 91 z DK-1 dla procedury [Zaprojektuj i zbuduj] zostało wszczęte przez zamawiającego Miasto Częstochowa – Miejski Zarząd Dróg i Transportu w Częstochowie, ul. Popiełuszki 4/6 ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej opublikowanym także w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 lutego 2013r. za numerem 2013/S 031 – 048512. Zamawiający opublikował specyfikację istotnych warunków zamówienia (siwz) na swojej stronie [www.mzd.czyst.pl](http://www.mzd.czyst.pl)

W dniu 22 lutego 2013r. odwołanie na treść ogłoszenia i siwz wniósł Mota Engil Central Europe SA z siedzibą w Warszawie, ul. Jutrzenki 116 zarzucając zamawiającemu naruszenie art 29 ust 1 ustawy z 29 stycznia 2004 r. (Dz. U. z 2010 r. nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej ustawą, poprzez dokonanie opisu przedmiotu w sposób niejednoznaczny i wewnętrznie sprzeczny, wskutek podania w postanowieniu 3.1.5.a siwz i postanowieniu II.1.5.5a ogłoszenia o zamówieniu, iż projekt budowlany, projekt wykonawczy, pozwolenie na budowę dotyczące przebudowy wiaduktu nad drogą krajową nr 1 zostaną przekazane wykonawcy w marcu 2013 r., zaś w § 2 ust 2 pkt 7 lit „a” załącznika do siwz - projektu umowy - iż pozwolenie na budowę zostanie przekazane w maju 2013 r.

oraz art 29 ust 1 ustawy i art 31 ust 1 ustawy poprzez zaniechanie dokonania opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane dotyczące wiaduktu nad DK-1 za pomocą dokumentacji projektowej lub specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany treści siwz i ogłoszenia o zamówieniu poprzez wprowadzenie następujących modyfikacji:

- Wykreślenie znajdującej się po myślniku treści punktu 3.1.5.a siwz, wykreślenie znajdującej się po myślniku treści II.1.5.5a ogłoszenia o zamówieniu i dołączenie do siwz

projektu budowlanego i projektu wykonawczego wraz z pozwoleniem na budowę, dotyczących przebudowy wiaduktu DK- 1

- Nadanie § 2 ust 2 pkt 7 lit „a” załącznika do siwz - wzoru umowy - następującego brzmienia „wiaduktu DK-1, zgodnie z załączonymi: projektem budowlanym, projektem wykonawczym oraz prawomocnym lub wykonalnym pozwoleniem na budowę”,

ewentualnie:

- Wykreślenie znajdującej się po myślniku treści punktu 3.1.5.a siwz, wykreślenie znajdującej się po myślniku treści II.1.5.5a ogłoszenia o zamówieniu, dołączenie do siwz projektu budowlanego i projektu wykonawczego, dotyczących przebudowy wiaduktu DK-1 i dodanie zobowiązania zamawiającego do przekazania wykonawcy prawomocnego lub wykonalnego pozwolenia na budowę najpóźniej do 31 maja 2013 r.

- Nadanie § 2 ust 2 pkt 7 lit „a” załącznika do siwz - wzoru umowy - następującego brzmienia „wiaduktu nad DK-1, zgodnie z załączonymi: projektem budowlanym, projektem wykonawczym oraz prawomocnym lub wykonalnym pozwoleniem na budowę, które to pozwolenie zostanie przekazane wykonawcy w terminie do 31 maja 2013 r.”

Wskazał, że zamierza ubiegać się o udzielnie zamówienia pn. „Przebudowa DK-91 w Częstochowie, ul. Warszawska i ul. Rędzińska wraz z budową węzła DK-91 z DK1 dla procedury zaprojektuj i zbuduj”. Z uwagi na naruszenie przez zamawiającego przepisów prawą skutkujące nieprawidłową konstrukcją siwz i ogłoszenia o zamówieniu, nie może oszacować ceny swojej oferty, a przez to faktycznie traci możliwość ubiegania się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia, co powoduje poniesienie przez niego szkody.

Podniósł, że przedmiotem niniejszego zamówienia jest zaprojektowanie oraz wykonanie robót budowlanych obejmujących przebudowę DK-91 w Częstochowie. Częścią inwestycji jest przebudowa wiaduktu nad drogą krajową nr 1 i w tym zakresie zobowiązanie przyszłego wykonawcy ogranicza się jedynie do przebudowy obiektu (punkt 3.1.5.a siwz oraz § 2 ust 2 pkt 2 in fine wzoru umowy) na podstawie projektu budowlanego, projektu wykonawczego i pozwolenia na budowę, a które to dokumenty mają zostać przekazane wykonawcy przez zamawiającego. W zakresie terminu tego przekazania siwz i ogłoszenie zamówieniu podają

jednak różne daty. Zgodnie bowiem z postanowieniem 3.1.5.a siwz i postanowieniem II.1.5.5a ogłoszenia o zamówieniu projekt budowlany, projekt wykonawczy, pozwolenie na budowę dotyczące przebudowy wiaduktu nad drogą krajową nr 1 zostaną przekazane wykonawcy w marcu 2013 r. Zgodnie zaś z § 2 ust 2 pkt 7 lit „a” załącznika do siwz - projektu umowy - pozwolenie na budowę zostanie przekazane w maju 2013 r. Powyższa sprzeczność uniemożliwia ustalenie terminu możliwego rozpoczęcia robót ryzyka związanego z ukończeniem ich w umownym terminie, a przez to uniemożliwia należyłą wycenę oferty.

Stąd, zarzut naruszenia art. 29 ust 1 ustawy - nakazującego dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty jest uzasadniony.

Niezależnie od powyższego, odwołujący wskazał, że zamawiający w sposób rażący naruszył przepisy ustawy wskutek braku dołączenia do siwz dokumentacji projektowej dotyczącej wiaduktu nad drogą krajową nr 1. Zgodnie z art. 31 ust 1 ustawy zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Żaden z tych dokumentów odnoszących się do przedmiotowego wiaduktu nie został dołączony do siwz. Zgodnie z deklaracją zamawiającego, dokumentacja taka zostanie przekazana wykonawcy w marcu 2013 r. Mając na uwadze, iż termin składania ofert został wyznaczony na 21 marca br. prawdopodobnym jest, iż dokumentacja ta zostanie udostępniona wykonawcom w czasie niewystarczającym na zapoznanie się z nią i wycenę oferty albo nawet po terminie składania ofert. Podkreślenia przy tym wymaga, iż art 31 ust 1 ustawy ma charakter bezwzględnie obowiązujący, tj. opis przedmiotu zamówienia będącego robotami budowlanymi odbywa się tylko i wyłącznie za pomocą dokumentacji projektowej lub specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Na podstawie ogólnych i lakonicznych informacji dotyczących wiaduktu zawartych w programie funkcjonalno - użytkowym nie jest możliwe dokonanie oszacowania zakresu potrzebnych prac budowlanych dotyczących przedmiotowego wiaduktu, a zatem nie możliwa wycena oferty.

Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika na podstawie pełnomocnictwa z dnia 21 lutego 2013r. udzielonego przez członka zarządu i prokurenta, ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 21 lutego 2013r. faksem.

W dniu 22 lutego 2013r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania zamieszczając jego kopię na stronie internetowej i wzywając do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 25 lutego 2013r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił swój udział Budimex SA z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40 wnosząc o uwzględnienie odwołania i wskazując, że ma interes w rozumieniu przepisu art. 185 ust. 2 i 3 ustawy tj. w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść odwołującego, gdyż nieuwzględnienie wniosków zawartych w odwołaniu uniemożliwi zgłaszającemu złożenie rzetelnej oferty. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 4 grudnia 2012r. udzielonego przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji zgłaszającego, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu faksem w dniu 25 lutego 2013r.

W dniu 27 lutego 2012r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie oświadczając, że uznaje w całości zarzuty odwołującego i wykona czynności w postępowaniu zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu tj. dokona zmiany treści siwz i ogłoszenia o zamówieniu przez wprowadzenie następujących modyfikacji :

Wykreślenie znajdującej się po myślniku treści punktu 3.1.5.a siwz, wykreślenie znajdującej się po myślniku treści II.1.5.5a ogłoszenia o zamówieniu, dołączenie do siwz projektu budowlanego i projektu wykonawczego, dotyczących przebudowy wiaduktu DK-1 i dodanie zobowiązania zamawiającego do przekazania wykonawcy prawomocnego lub wykonalnego pozwolenia na budowę najpóźniej do 31 maja 2013 r.

- Nadanie § 2 ust 2 pkt 7 lit „a” załącznika do siwz - wzoru umowy - następującego brzmienia „wiaduktu nad DK-1, zgodnie z załączonymi: projektem budowlanym, projektem wykonawczym oraz prawomocnym lub wykonalnym pozwoleniem na budowę, które to pozwolenie zostanie przekazane wykonawcy w terminie do 31 maja 2013 r.

Wskazał, że na skutek niezamierzonego błędu nie zamieścił w siwz dokumentacji projektowej na wybudowanie obiektu „wiadukt DK-1” i na skutek omyłki pisarskiej podał dwie różne daty otrzymania pozwolenia na budowę. Błędy te faktycznie uniemożliwiają odwołującemu i innym wykonawcom przygotowanie prawidłowej oferty. Odpowiedź została podpisana przez Dyrektora Miejskiego Zarządu Dróg i Transportu w Częstochowie.

**Izba zważyła, co następuje :**

Izba uznała, że zgłoszone po stronie odwołującego przystąpienie spełnia wymagania formalne określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

W związku z faktem, iż przed otwarciem posiedzenia Krajowej Izby Odwoławczej, zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania i nie nastąpiło skuteczne zgłoszenie przystąpienia po stronie zamawiającego, zaszyły podstawy do umorzenia postępowania.

Zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym, pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim wypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Jak ustalono wyżej, w prowadzonym postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca.

Zatem mając na uwadze, że:

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

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia, zatem koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczanego przez odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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 .....**