

Sygn. akt KIO 2580/18
KIO 2585/18
KIO 2587/18

POSTANOWIENIE

z dnia 3 stycznia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek

Członkowie: Ewa Kisiel

Ernest Klauziński

po rozpoznaniu w dniu 3 stycznia 2019 r. w Warszawie, na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 17 grudnia 2018 r. przez wykonawcę **Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie (KIO 2580/18)**,

B. w dniu 17 grudnia 2018 r. przez wykonawcę **Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (KIO 2585/18)**,

C. w dniu 17 grudnia 2018 r. przez wykonawcę **Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (KIO 2587/18)**

w postępowaniach, w którym zamawiającym jest **Skarb Państwa, Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie** z siedzibą w Warszawie, prowadzący postępowanie: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach**

przy udziale wykonawców:

A. **BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych KIO 2580/18, KIO 2585/18, KIO 2587/18 po stronie odwołującego,

B. **MOTA-ENGIL CENTRAL EUROPE S.A. z siedzibą w Krakowie** zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych KIO 2580/18, KIO 2587/18 po stronie odwołującego.

postanawia:

1. umarza postępowania odwoławcze o sygn. akt KIO 2580/18, KIO 2585/18 oraz KIO 2587/18,
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy:

A. **Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie (KIO 2580/18)** kwoty **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania;

B. **Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (KIO 2585/18 i KIO 2587/18)** kwoty **40 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołań.

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 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 Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający - Skarb Państwa, Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie z siedzibą w Warszawie, prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na "budowę obwodnicy Poręby i Zawiercia w ciągu drogi krajowej nr 78. Odcinek I – Siewierz – Poręba – Zawiercie (Kromołów) – od km 105+836 do km 122+500" oraz na „budowę obwodnicy Poręby i Zawiercia w ciągu drogi krajowej nr 78. Odcinek II – odcinek w m. Zawiercie (Kromołów-Żerkowice) – od km. 122+500 do km 130+135” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017, poz. 1579 ze zm.; dalej: „ustawa Pzp”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerami 2018/S 235-536515 oraz 2018/S 235-536553.

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

A. Odwołujący - Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie (KIO 2580/18), wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1) art 357¹ k.c., art. 358¹ § 3 k.c. art 632 § 2 k.c. w związku z art. 5, art. 353¹ k.c. oraz art 58 k.c. w zw. z art. 14 i art. 139 ust 1 oraz art 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp poprzez wykorzystanie pozycji dominującej Zamawiającego i rażące uprzywilejowanie w projekcie umowy swojej pozycji, co zdefiniować należy jako działanie 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 oraz art. 29 ust 2 ustawy 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 przeniesienie na wykonawcę wszystkich ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia;

3) art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 357¹ k.c., art. 358¹ § 3 k.c. i art. 632 § 2 k.c. oraz w związku z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy 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.

Odwołujący wniósł o wykreślenie postanowienia WSK: „W związku z wprowadzeniem waloryzacji umownej Strony wyłączają stosowanie art. 357¹ k.c., art. 358¹ § 3 KC i art. 632 § 2 k.c.”

B. Odwołujący – Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, wniósł odwołania w sprawach o sygn. KIO 2585/18 oraz KIO 2587/18 zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 357¹ k.c., art. 358¹ § 3 k.c., art. 632 § 2 k.c. w zw. z art. 353¹ k.c., art. 5 k.c., art. 58 § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, polegające na ukształtowaniu treści przyszłego stosunku prawnego w sposób naruszający właściwość stosunku prawnego, zasady współzycia społecznego, bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, prowadząc do nadużycia pozycji dominującej organizatora przetargu, przez co została zachwiana zasada równowagi stron stosunku zobowiązaniowego i doszło do nadużycia prawa podmiotowego przez Zamawiającego, poprzez wyłączenie możliwości stosowania przepisów będących podstawą do sądowej zmiany treści umowy;

2) art. 647 k.c., art. 471 k.c. w zw. z art. 353¹ k.c., art. 5 k.c., art. 58 k.c. w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp, polegające na wykorzystaniu pozycji dominującej organizatora przetargu, rażące uprzywilejowanie w treści projektu przyszłej umowy pozycji Zamawiającego, wbrew zasadom współzycia społecznego, naturze stosunku zobowiązaniowego, w sposób stanowiący nadużycie prawa podmiotowego, w a konsekwencji prowadzący do naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przez zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, zgodnie z obowiązującymi przepisami, przez przerzucenie na wykonawców wszelkich ryzyk związanych z wykonywaniem zamówienia;

3) art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. art. 357¹ k.c., art. 358¹ § 3 k.c., art. 632 § 2 k.c. w zw. z art. 353¹ k.c., art. 5 k.c., art. 58 k.c., art. 647 k.c., art. 471 k.c. w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, polegające na dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, z pominięciem wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty, w sposób niezasadnie przerzucający na wykonawców obowiązek uwzględnienia i oszacowania przy sporządzaniu oferty wszystkich ryzyk, w tym także okoliczności niedookreślonych, przyszłych, nadzwyczajnych i niemożliwych do przewidzenia - tak co do przyczyn, jak i skutków;

4) art. 29 ust. 2 w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ k.c., art. 5 k.c. w zw. z art. 58 §§ 1 i 2 k.c. w zw. z art. 7 ustawy Pzp, polegające na ukształtowaniu treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego powstałego na skutek prowadzonego postępowania w sposób, który narusza określone przez przepisy granice zasady swobody umów, tj. naturę stosunku prawnego, zasady współżycia społecznego, bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, co prowadzi do nadużycia prawa podmiotowego oraz zachwiania równowagi stron stosunku prawnego przez Zamawiającego wykorzystującego swoją pozycję dominującą, a przez to godzi w zasadę uczciwej konkurencji - przez niejednoznaczny i niewyczerpujący opis przedmiotu zamówienia;

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołań oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ w zakresie zmiany warunków przyszłej umowy poprzez wykreślenie postanowień Subklauzuli 13.8 pkt I zdanie ostatnie WSK, tj. „W związku z wprowadzeniem waloryzacji umownej, Strony wyłączają stosowanie art. 357¹ k.c., art. 3581 § 3 k.c., art. 632 § 2 k.c.”.

Zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego kopie odwołań zostały przekazane wykonawcom 17 grudnia 2018 r. Do dnia wydania postanowienia nie zgłoszono żadnych przystąpień po stronie Zamawiającego.

Pismem z 20 grudnia 2018 r. Zamawiający oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty wniesionych odwołań.

Jednocześnie, pismem z 20 grudnia 2018 r. Odwołujący Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie wycofał odwołania w sprawach KIO 2585/18 oraz KIO 2587/18.

Izba uznała, że Zamawiający uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu, a jako że nie zgłoszono przystąpień po stronie Zamawiającego, stwierdziła, iż zachodzą przesłanki umożliwiające umorzenie postępowań odwoławczych i zgodnie z przepisem art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

Izba uznała, że - wobec zbiegu czynności stron skutkujących umorzeniem postępowania w sprawach o sygn. akt KIO 2585/18 oraz KIO 2587/18 - pierwszeństwo otrzyma uwzględnienie odwołań przez Zamawiającego jako czynność, która nie powoduje po stronie Odwołującego kosztów, w związku z tym, że Zamawiający uznał słuszność odwołania.

O kosztach postępowań odwoławczych 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. z 2018r., poz. 972).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....