

**Sygn. akt: KIO 339/21**

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 19 lutego 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

**Bartosz Stankiewicz**

**Klaudia Szczytowska-Maziarz**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników w dniu 19 lutego 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lutego 2021 r. przez wykonawcę Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie

przy udziale wykonawcy: STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 339/21 po stronie Odwołującego

**postanawia:**

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie kwoty 18 000 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej 90 % uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 wraz ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący.....**

.....

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: Kontynuację projektowania i budowy południowego wylotu z Warszawy drogi ekspresowej S-7 od węzła Lotnisko na POW do obwodnicy Grójca - Odc. „B” od węzła „Lesznowola” (bez węzła) do węzła „Tarczyn Północ” (z węzłem) - dł. odc. ok. 14,8 km, znak sprawy: GDDKiA.O.WA.D-3.2410.63.2020.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 24.12.2020 roku pod numerem 2020/S 251-627247.

W dniu 20 stycznia 2021 r. Zamawiający opublikował na stronie postępowania odpowiedzi na pytania oferentów w ramach III. tury pytań i odpowiedzi do treści SIWZ, w tym – zdaniem Odwołującego: Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie - odpowiedzi sprzeczne z dotychczasowymi wymogami postępowania, będące przedmiotem niniejszego odwołania.

Nie zgadzając się z niektórymi postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ Odwołujący w dniu 1 lutego 2021 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

1) art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019r., poz. 1843 ze zm., dalej jako „dPZP”) w związku z art. 353<sup>1</sup> KC w związku z art. 14 ust. 1 dPZP poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia i sformułowanie treści SIWZ w sposób, który nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i przyjęcie, że:

a) wykonawca będzie zobowiązany do zainstalowania barier pracujących wzdłuż całej inwestycji będącej przedmiotem Postępowania (dalej: Inwestycja) oraz każdorazowego oddzielenia chodników i ciągów rowerowych lub pieszo-rowerowych od jezdni barierą, co nie wynika z treści projektu budowlanego, czy PFU dotyczących Inwestycji, wytycznych stosowanych przez Zamawiającego, ani też przepisów powszechnie obowiązującego prawa;

b) wykonawca będzie zobowiązany do uzyskania nowej decyzji ZRID dla Inwestycji w przypadku przeprojektowania Inwestycji w celu zachowania zgodności z wytycznymi Zamawiającego, o których mowa w pkt a) powyżej;

c) wykonawca będzie zobowiązany dotrzymać pierwotnych terminów ukończenia

Inwestycji w przypadku przeprojektowania inwestycji oraz uzyskania nowej decyzji ZRID, o czym mowa w pkt a) i b) powyżej, tj. zrealizować powyższe czynności w czasie maksymalnie 19 miesięcy, gdy tymczasem, uwzględniając czas niezbędny na wykonanie projektów budowlanych oraz realne terminy na uzyskanie wskazanej wyżej decyzji administracyjnej, termin ten jest nierealny, z góry niemożliwy do dochowania.

Taki opis przedmiotu zamówienia pozostaje przy tym, że stosunek prawny zawiązany w wyniku zawarcia umowy w sprawie niniejszego zamówienia byłby niezgodny z właściwościami stosunku zobowiązaniowego oraz zasadom współżycia społecznego, przerzucając na wykonawcę wszelkie ryzyka związane z koniecznością uzyskania w toku realizacji zamówienia nowej lub zamiennej decyzji ZRID, co z kolei na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może mieć ten skutek, że oferty złożone przez wykonawców będą nieporównywalne. Wykonawcy mogą bowiem odmiennie oceniać zakres ryzyka związanego z realizacją zamówienia i w ślad za tym całkowicie odmiennie wycenić swoje oferty, co z kolei prowadzi do naruszenia zasady zachowania w postępowaniu uczciwej i równej konkurencji pomiędzy wykonawcami.

2) naruszenie art. 29 ust. 1 i ust. 2 dPZP poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i przyjęcie, że termin na wykonanie prac projektowych i Robót oraz uzyskanie pozwolenia na użytkowanie wynosi maksymalnie 19 miesięcy od daty zawarcia umowy, gdy tymczasem uwzględniając czas niezbędny na wykonanie robót budowlanych oraz realne terminy na uzyskanie wskazanej decyzji administracyjnej, termin ten jest nierealny, z góry niemożliwy do dochowania.

Wobec naruszenia przez Zamawiającego wyżej wskazanych przepisów Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) dokonania modyfikacji treści SIWZ (w szczególności pkt. 6 SIWZ - IDW) poprzez wydłużenie terminu realizacji zamówienia, w sytuacji, gdy zaistnieje konieczność pozyskania zamiennej decyzji ZRID, w następujący sposób:

a) wydłużenie terminu wykonania dokumentacji projektowej (prac projektowych) i przyjęcie, że termin ten wynosi 10 miesięcy od daty zawarcia umowy;

b) wydłużenie terminu wykonania dokumentacji projektowej - tutaj rozumianej jako uzyskanie decyzji ZRID - o kolejne 6 miesięcy od zakończenia etapu, o którym mowa w pkt a);

c) wydłużenie terminu zakończenia realizacji robót budowlanych w ramach zamówienia: do 18 miesięcy od dnia uzyskania decyzji ZRID, z wyłączeniem okresów zimowych (tj. od dnia 16 grudnia do dnia 15 marca).

Stwierdził, że niniejsze żądanie obejmuje również żądanie dokonania zmiany innych zapisów SIWZ nie wskazanych wprost w odwołaniu, a których zmiana będzie wynikała ze zmiany zapisu pkt 6 SIWZ-IDW;

- 2) zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

**Izba zważyła, co następuje.**

W dniu 8 lutego 2021r. przed wyznaczoną rozprawą, do siedziby Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło oświadczenie Odwołującego o cofnięciu odwołania.

Uwzględniając powyższe Izba, działając na podstawie art. 568 pkt 1 w związku z art.520 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, postanowiła postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie umorzyć.

Zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) Izba postanowiła zwrócić na rzecz Odwołującego 90% kwoty uiszczzonego wpisu.

Ze wskazanych przepisów wynika, iż w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości na skutek cofnięcia odwołania przed otwarciem rozprawy najpóźniej w dniu poprzedzającym dzień, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron lub uczestników postępowania odwoławczego - odwołującemu zwraca się 90% wpisu; w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, w wysokości stanowiącej 90% jego wartości.

Wobec powyższego, na podstawie art.553 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku w oparciu o przepis art.575 i 576 ustawy Pzp w związku z przepisem § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący.....**

.....

.....