

POSTANOWIENIE
z dnia 12 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk
Członkowie: Izabela Niedziałek-Bujak
Katarzyna Odrzywolska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 12 lipca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lipca 2019 r. przez odwołującego: **Polski Związek Pracodawców Budownictwa z siedzibą w Warszawie** (ul. Kaliska 23/lok. U4, 02-316 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie** (ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa),

- wykonawcy zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego:

- A. **BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie** (ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa);
- B. **Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie** (ul. Konstruktorska 12A, 02-673 Warszawa);
- C. **MOTA-ENGIL CENTRAL EUROPE S.A. z siedzibą w Krakowie** (ul. Wadowicka 8w 30-415 Kraków);
- D. **SALINI POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (ul. Złota 59/L07, 00-120 Warszawa);
- E. **Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** (Wysoka, ul. Lipowa 5A, 52-200 Wrocław)

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze;
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: **Polski Związek Pracodawców Budownictwa z siedzibą w Warszawie** kwoty 18.000 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej 90 % kwoty uiszczonej przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

.....

.....

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione przez Polski Związek Pracodawców Budownictwa z siedzibą w Warszawie (Odwołujący) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp] przez zamawiającego: Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, którego przedmiotem jest: „Kontynuacja inwestycji „Zaprojektowanie i wybudowanie drogi ekspresowej S-3 Nowa Sól — Legnica (a-4), zadanie II od węzła Kazimierzów do węzła Lubin Północ, o długości ok 14,4 km tj. od km 33+300 do km 47+678,08 km”. Numer postępowania: O.WR.D-3.2410.137.2019. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 288754-2019-PL z dnia 21 czerwca 2019 r. Odwołanie dotyczy postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, które zdaniem Odwołującego zostały ustalone z naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Wnoszący odwołanie zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

I. art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 Pzp oraz par. 15 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (dalej jako „Rozporządzenie”) poprzez zastosowanie formuły zaprojektuj i wybuduj do kontraktu na dokończenie realizacji inwestycji, w ramach którego Wykonawcy uzyskać powinni stanowczy opis przedmiotu zamówienia charakterystyczny dla formuły wybuduj, ewentualnie zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia (w tym Programu Funkcjonalno-Użytkowego) w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenia oferty spełniającej w całości wymagania Zamawiającego, w konsekwencji w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia (w tym Programu Funkcjonalno-Użytkowego) w sposób umożliwiający ustalenie planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych oraz przygotowanie oferty szczególnie w zakresie Obliczenia ceny oferty, a także art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353 (1) Kodeksu cywilnego poprzez ukształtowanie treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego dotyczącego każdego z Zadań w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron i prowadzący do nadużycia własnego prawa podmiotowego;

- II. art. 14 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353 (1) Kodeksu cywilnego w zw. z art. 577 i nast. Kodeksu cywilnego w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez zobowiązanie Wykonawców (pkt II.1.2. Tomu II SIWZ - załącznik „gwarancja jakości” do objęcia Gwarancją całości Robót i Dokumentów wykonanych przez poprzedniego Wykonawcę w sytuacji, w której zakresu i jakości tych prac nie można zidentyfikować na podstawie opisu przedmiotu zamówienia udostępnionego przez Zamawiającego, a w konsekwencji nałożenie na wykonawców obowiązku ponoszenia odpowiedzialności za zakres nieznanych prac oraz ryzyka niemożliwe do zidentyfikowania, oceny i oszacowania przez wykonawców;
- III. art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy Pzp oraz art. 14 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353 (1) Kodeksu cywilnego w zw. z art. 387 par. 1 Kodeksu cywilnego poprzez nałożenie na wykonawców obowiązków dotyczących udokumentowania prac zrealizowanych przez poprzedniego wykonawcę oraz wyznaczenie terminu realizacji zamówienia oraz poszczególnych Kamieni milowych w sposób odbiegający od realnych możliwości realizacji, nieadekwatny do przedmiotu zamówienia i nieuwzględniający wszystkich okoliczności, a w konsekwencji w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i niemożliwy do spełnienia przez wykonawców;
- IV. art. 14 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353 (1) w zw. z art. 22 ust. 1a oraz ust. 1b ustawy Pzp poprzez wprowadzenie wymogu zatwierdzenia przez Zamawiającego osoby Przedstawiciela Wykonawcy przy jednoczesnym braku określenia wymagań, uprawniających go do odmowy rzeczzonego zatwierdzenia, a w konsekwencji:
- V. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców - zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w sposób umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji i wypełnienie obowiązków Inwestora związanych z przygotowaniem robót.

W związku z podnoszonymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w sposób opisany w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący wskazał, że (...) jest organizacją wpisaną dnia 22 lipca 2005 r. przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych na listę organizacji uprawnionych do środków ochrony prawnej (nr decyzji: 1.0/2963/05)”. Stwierdził ponadto, że (...) Naruszenia ustawy Pzp, których dopuścił się Zamawiający w ramach Postępowania, wprost godzą w interesy zrzeszonych w

ramach Związku członków, naruszając przy tym postulowaną przez Związek zasadę równouprawnienia stron stosunku zobowiązaniowego w ramach zamówień publicznych i uczciwości kupieckiej. Postanowienia wprowadzone przez Zamawiającego do SIWZ w sposób nieprawidłowy opisując przedmiot zamówienia i przerzucając w całości ryzyka kontaktowe na wykonawców, doprowadzić mogą do niemożliwości złożenia ważnej i prawidłowej oferty przez zrzeszone w ramach Związku podmioty”.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego przystąpiło pięciu wykonawców: BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie, Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie, MOTA-ENGIL CENTRAL EUROPE S.A. z siedzibą w Krakowie, SALINI POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu - wnosząc o uwzględnienie odwołania.

Odwołujący w piśmie z dnia 12 lipca 2019 r. [data wpływu: 12/07/2019] oświadczył, że działając na podstawie art. 187 ust. 8 ustawy - Prawo zamówień publicznych, mając na uwadze dokonane przez Zamawiającego zmiany Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, cofa odwołanie wniesione w dniu 1 lipca 2019 r. Jednocześnie wniósł o zwrot 90% wpisu od odwołania zgodnie z obowiązującymi przepisami.

Izba stwierdza co następuje:

Postępowanie odwoławcze w tej sprawie z uwagi na złożone przez wnoszącego odwołanie oświadczenie o cofnięciu odwołania podlega umorzeniu na podstawie art. 187 ust.8 zdanie pierwsze ustawy Pzp.

Izba ponadto, zgodnie z art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy Pzp oraz na podstawie § 5 ust. 1 pkt 3 lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972), orzekła również o zwrocie na rzecz Odwołującego 90% kwoty wpisu uiszczonego w wysokości 20.000 zł.

Uwzględniając powyższe postanowiono, jak w sentencji.

.....

.....
.....