

Sygn. akt: KIO 168/20

POSTANOWIENIE
z dnia 7 lutego 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik
Członkowie: Katarzyna Brzeska
Przemysław Dzierzędzki

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 7 lutego 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 stycznia 2020 r. przez wykonawcę **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Mazowieckie – Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie,**

przy udziale wykonawców:

- 1) **PORR S.A. z siedzibą w Warszawie,**
- 2) **Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,**
- 3) **Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie,**
- 4) **Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie,**
- 5) **Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie,**

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego kwoty 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) 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 2019 r., poz. 1843) 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 – Województwo Mazowieckie – Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Budowa zachodniej obwodnicy Grodziska Mazowieckiego w ciągu drogi DW nr 579 odcinek od km 2+209,60 do km 9+560,51" – przewidziane do dofinansowania ze środków EFRR w ramach RPO WM na lata 2014-2020. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 17 stycznia 2020 r. pod numerem 2020/S 012-022953.*

W dniu 27 stycznia 2020 r. wykonawca Budimex S.A. wniósł odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) kodeksu cywilnego w zw. z art. 647 kodeksu cywilnego w zw. z art. 151 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przyznanie Zamawiającemu w ramach Ogólnych warunków umowy na wykonanie robót budowlanych (Cześć V SIWZ, dalej także jako „OW”) uprawnienia do:
 - a) zwrotu I (pierwszej) części zabezpieczenia należytego wykonania umowy (70%) oraz uzależnienie zwolnienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy od akceptacji protokołu z końcowego odbioru realizacji przedmiotu (umowy) bez wad - pkt 2.11 oraz pkt 17.20 OW;
 - b) potwierdzenia wykonania Kamienia milowego nr 3 (100% wartości robót w terminie nie dłuższym niż termin końcowego odbioru robót) od zaakceptowania przez Zamawiającego bez wad protokołem końcowego odbioru robót - pkt 12.3 OW,
 - c) wypłaty pozostałych (ostatnich) 5% wynagrodzenia ryczałtowego brutto po podpisaniu protokołu końcowego realizacji przedmiotu umowy w następstwie całkowitego zakończenia bez wad wszystkich prac składających się na przedmiot umowy – pkt 18.7 w zw. pkt 17.17 OW,

nawet jeśli charakter tych wad jest nieistotny, co godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, narusza bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz stanowi nadużycie

przez Zamawiającego swojej pozycji dominującej prowadząc do naruszenia praw podmiotowych wykonawców;

2) art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353(1) kodeksu cywilnego w zw. z art. 5 kodeksu cywilnego w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie w ramach Ogólnych warunków umowy na wykonanie robót budowlanych postanowienia pkt 15.1 i 15.2, które umożliwia Zamawiającemu nielimitowane zmiany terminu realizacji umowy bez jednoczesnego pokrywania przez Zamawiającego kosztów pośrednich powstałych z tego tytułu po stronie wykonawcy, co powoduje obciążenie Wykonawcy ryzykiem niemożliwym do skalkulowania, generując ryzyko nieporównywalności złożonych ofert i stanowi nadużycie przez Zamawiającego swojej pozycji dominującej.

W dniu 31 stycznia 2020 r. do Prezesa Izby wpłynęło oświadczenie Zamawiającego o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Z akt sprawy wynika, że kopia odwołania wraz z wezwaniem do udziału w postępowaniu odwoławczym została zamieszczona na platformie zakupowej 28 stycznia 2020 r. Zatem określony w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp termin na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego upłynął 31 stycznia 2020 r. W tym terminie do Prezesa Izby nie wpłynęło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wobec powyższego postępowanie odwoławcze należało umorzyć, stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp oraz § 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 (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....