

Sygn. akt: KIO 1409/21

POSTANOWIENIE
z dnia 24 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron w dniu **24 maja 2021 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **10 maja 2021 r.** przez Odwołującego **STRABAG sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Powiat Przeworski, ul. Jagiellońska 10, 37-200 Przeworsk**

postanawia:

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze;**
- 2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 9 000 zł 00 gr (słownie: dziewięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej 90% kwoty uiszczzonego wpisu na rzecz STRABAG sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków**

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. 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

Dnia 10 maja 2021 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie złożył wykonawca STRABAG sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków (dalej jako „STRABAG sp. z o.o.” albo „Odwołujący”). Odwołania zostało złożone przez radcę prawnego umocowanego na podstawie pełnomocnictwa z 07.05.21 r. udzielonego przez dwóch C. Z. ujawnionych w załączonym do odwołania wydruku KRS-u i umocowanych do łącznej reprezentacji.

Postępowanie prowadzone w trybie w podstawowym dla zadania o nazwie „*Przebudowa Przeworskiej Kolei Dojazdowej – wąskotorowej łączącej Przeworsk i Dynów w ramach zadania pn.: Rewitalizacja kolei dojazdowej Przeworsk Wąskotorowy – Dynów*” przez Zamawiającego - Powiat Przeworski, ul. Jagiellońska 10, 37-200 Przeworsk (dalej jako: „Powiat Przeworski” albo „Zamawiającym”). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 2021/BZP 00032498/01, data zamieszczenia 14.04.2021 r. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm., zwana dalej „*NPzp*” albo „*ustawy Prawa zamówień publicznych z 2019 r.*” albo „*ustawy Pzp z 2019*”).

Odwołanie złożono na zaniechania i czynności Zamawiającego, podjęte w toku postępowania, a polegające udzieleniu w dniu 05 maja 2021r. odpowiedzi na pytania nr 45 i 46 (na portalu: <https://powiatprzeworsk.logintrade.net/>) i nałożeniu na wykonawców obowiązku skalkulowania w cenie kontraktowej ewentualnego zakresu obejmującego wykonanie wzmocnienia/naprawy podtorza bez wskazania zakresu, rodzaju, ilości robót, a także bez udostępnienia Specyfikacji Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (zwany dalej: „*STWiORB*”), a tym samym bez udostępnienia danych niezbędnych do prawidłowej kalkulacji tych robót, tj. na czynności polegające na zmianie Specyfikacji Warunków Zamówienia (zwanej dalej: „*SWZ*”) w zakresie opisu przedmiotu zamówienia.

Zarzuć naruszenie:

1. art. 99 ust. 1 i ust. 4 NPzp w zw. z art. 103 ust. 1 NPzp przez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia (zwane dalej: „*OPZ*”) w uwzględniający wymogi tych przepisów, a tym samym zaniechanie sporządzenia OPZ w sposób jednoznaczny

i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, a w konsekwencji w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, poprzez zaniechanie wskazania w przedmiarze robót pozycji odpowiadającej ewentualnemu zakresowi polegającemu na wzmocnieniu/naprawie podtorza i zaniechanie udostępnienia specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót, a tym samym zaniechanie sporządzenia OPZ w sposób umożliwiający ustalenie kosztów robót budowlanych oraz przygotowanie oferty w zakresie obliczenia ceny oferty,

2. § 4 ust. 1 pkt 3, § 6 ust. 1, § 9 ust. 1 oraz § 10 ust. 1 oraz § 12-14 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego z 02.09.2004 r. (Dz.U. z 2013 r., poz. 1129 tekst jedn. z późn. zm) (dalej: „Rozporządzenie”) w zw. z art. 103 ust. 4, art. 103 ust. 1 PZP i art. 31 ust. 4 ustawy z 29.01.2004r. Prawo zamówień publicznych (zwane dalej: „stare PZP”) oraz w zw. z art. 97 ustawy z 11.09.2019r. ustawy Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający wskazane wyżej wymogi, tj. zaniechanie udostępnienia wykonawcom przedmiaru robót uwzględniającego ewentualny zakres polegający na wzmocnieniu/naprawie podtorza oraz zaniechanie udostępnienia specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót tego zakresu,

3. art. 16 NPzp i art. 17 ust. 2 NPzp poprzez naruszenie zasad 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 robót, w szczególności wobec niejednoznacznego i niewyczerpującego, niezgodnego z przywołanymi wyżej przepisami opisu przedmiotu zamówienia i tym samym uniemożliwienie wykonawcom ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia złożenia porównywalnych ofert.

Wnosił o uwzględnienie odwołania w całości oraz:

1. Nakazanie Zamawiającemu anulowania odpowiedzi na pytanie nr 45 i 46 i nakazanie Zamawiającemu uzupełnienia przedmiarów robót o pozycję przeznaczoną do rozliczenia ewentualnego zakresu obejmującego wzmocnienie/naprawę podtorza z uwzględnieniem wymogów Rozporządzenia, w szczególności § 9 ust. 1 oraz § 10 ust. 1, tj. zawierającą co najmniej opis pozycji, obliczenie ilości jednostek miary, jednostkę miary oraz wskazanie właściwych specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych dla tego zakresu oraz nakazanie Zamawiającemu udostępnienia specyfikacji technicznych wykonania

i odbioru robót budowlanych dla ewentualnego zakresu obejmującego wzmocnienie/naprawę podtorza; ewentualnie,

2. Nakazanie Zamawiającemu modyfikacji odpowiedzi na pytanie nr 45 poprzez wskazanie, że ewentualne wzmocnienie/naprawa podtorza będzie rozliczane jako roboty dodatkowe za odrębnym wynagrodzeniem i jednocześnie nakazanie anulowania odpowiedzi na pytanie nr 46.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego 5-dniowego terminu, w zakresie czynności z dnia 05 maja 2021r.

Odwołujący uiszczył wpis od odwołania w wymaganej wysokości oraz przekazał kopię odwołania wraz z załącznikami Zamawiającemu.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, wyznaczony do rozpoznania niniejszej sprawy odwoławczej ustalił i zważył, co następuje:

Zamawiający w dniu 12 maja 2021 r. (na portalu: <https://powiatprzeworsk.logintrade.net/>) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym /zgodnie z pismem z 19 maja 2021 r./ . Żadne zgłoszenie przystąpienia nie miało miejsca.

W dniu 13 maja 2021 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, gdzie stwierdził, że: „*niniejszym, uwzględniając żądanie Odwołującego zawarte w pkt. 2 uzasadnienia odwołania i dokonuje modyfikacji odpowiedzi na pytanie nr 45 poprzez wskazanie, że ewentualne wzmocnienie/naprawa podtorza będzie rozliczane jako roboty dodatkowe za odrębnym wynagrodzeniem i jednocześnie anulowanie odpowiedzi na pytanie nr 46.*

Mając na względzie powyższe wnoszę o:

- umorzenie postępowania odwoławczego na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron w przypadku zaistnienia okoliczności wskazanych w treści art. 522 ust. 1 Pzp. (...)

Uwzględniając żądania Odwołującego, Zamawiający dokonał zmiany treści SWZ dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym z możliwością negocjacji na podstawie art. 275 pkt. 2 ustawy Pzp „Przebudowa Przeworskiej Kolei Dojazdowej – wąskotorowej łączącej Przeworsk i Dynów w ramach zadania pn.: Rewitalizacja kolei dojazdowej Przeworsk Wąskotorowy – Dynów” pn.: poprzez dokonanie modyfikacji odpowiedzi na pytania nr 45 i 46 w sposób zgodny z żądaniem odwołującego. (...)”. Odpowiedź została podpisana przez Starostę i V-ce Starostę Powiatu.

Odwołujący, w dniu 21 maja 2021 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) przed wyznaczeniem terminu posiedzenia i rozprawy przed Izbą złożył oświadczenie o wycofaniu odwołania w całości. Odwołujący stwierdził, że: „(...)w związku z uwzględnieniem odwołania przez Zamawiającego poprzez zmianę SWZ cofam odwołanie wniesione w niniejszej sprawie i wnoszę o umorzenie postępowania (...)”. Oświadczenie o cofnięciu odwołania zostało złożone przez radcę prawnego tego samego jak odwołanie.

Jednocześnie, Izba stwierdza, że: „(...) Odwołujący jako profesjonalista doskonale zna skutki prawne składanych oświadczeń w postępowaniu odwoławczym. Skoro więc oświadcza, że cofa odwołanie oznacza to, że chodzi o wycofanie całego odwołania. Dodatkowo, Izba podkreśla, że wycofanie całego odwołanie ma charakter formalny i pierwszeństwo względem czynności uwzględnienia odwołania w całości lub części, który ma charakter merytoryczny. W przedmiotowej sprawie zaistniała taka właśnie sytuacja, z tych względów mimo uwzględnienia odwołania w całości przez Zamawiającego, Izba na skutek późniejszego oświadczenia Odwołującego zmuszona jest umorzyć postępowanie, na skutek jego wycofania, a nie uwzględnienia. (...)”. (za postanowieniem KIO z 03.12.2019 r., sygn. akt: KIO 2358/19).

Skład orzekający Izby, działając na podstawie art. 520, art. 568 pkt 1 oraz art. 553 ust. 1 zdanie drugie NPzp postanowił umorzyć postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie o sygn. akt: KIO 1409/21, ponieważ oświadczenie o cofnięciu odwołania uznać należy za oświadczenie najdalej idące złożone przez Stronę, która zainicjowała postępowanie odwoławcze. Złożenie takiego oświadczenia warunkuje zakończenie postępowania odwoławczego bez konieczności rozpoznawania zarzutów i merytorycznego stanowiska Izby. Odwołujący podejmuje bowiem decyzję o ostatecznym zaniechaniu kontynuowania sporu przed Izbą.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż cofnięcie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia i rozprawy, zatem za rzecz Odwołującego należało zwrócić 90% kwoty wpisu uiszczanego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, czyli kwotę 9 000,00 zł, stosownie do art. 557 i art. 575 NPzp oraz § 9 ust. 1 pkt 3a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437).

Przewodniczący:

.....