

POSTANOWIENIE

z dnia 30 maja 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu **30 maja 2018 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **18 maja 2018 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Przebudowa dróg wojewódzkich nr 367 i 381 na obszarze Gmin Boguszów-Gorce i Wałbrzych wraz z budową obwodnicy Boguszowa-Gorc i dzielnicy Sobięcin w Wałbrzychu (Droga Sudecka) – etap II i etap III* (nr postępowania RZP/65/PN/18/2018/DR)

prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Wałbrzych – Zarząd Dróg, Komunikacji i Utrzymania Miasta w Wałbrzychu, występujący również w imieniu i na rzecz samorządu Województwa Dolnośląskiego**

przy udziale wykonawcy: **Max Bögl Polska sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego**

postanawia:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze.**
- 2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Budimexu S.A. z siedzibą w Warszawie kwoty 20000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) – uiszczonej przez powyższego odwołującego tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 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 Świdnicy.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Wałbrzych – Zarząd Dróg, Komunikacji i Utrzymania Miasta w Wałbrzychu, występujący również w imieniu i na rzecz samorządu Województwa Dolnośląskiego, prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „ppz”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. *Przebudowa dróg wojewódzkich nr 367 i 381 na obszarze Gmin Boguszów-Gorce i Wałbrzych wraz z budową obwodnicy Boguszowa-Gorc i dzielnic Sobięcín w Wałbrzychu (Droga Sudecka) – etap II i etap III* (nr postępowania RZP/65/PN/18/2018/DR). Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2018/S_088 z 8 maja 2018 r. pod poz. 196679. Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

18 maja 2018 r. Odwołujący Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy pzp:

1. Art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 – przez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w odniesieniu do warunków geotechnicznych w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania Zamawiającego, a w konsekwencji w sposób utrudniający uczciwą konkurencję.
2. § 15 i § 19 ust. 4 lit. b) 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 – przez zaniechanie przekazania jako materiałów wiążących wyników badań geotechnicznych, a w konsekwencji zaniechanie sporządzenia programu funkcjonalno-użytkowego w sposób umożliwiający ustalenie planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych oraz przygotowanie oferty, szczególnie w zakresie obliczenia jej ceny.
3. Art. 14 i 139 ust. 1 w zw. z art. 5 i 353¹ Kodeksu cywilnego – przez ukształtowanie treści

przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron i prowadzący do nadużycia własnego prawa podmiotowego, co przejawia się w przerzuceniu całości ryzyka związanego z warunkami geotechnicznymi na wykonawcę.

Ponadto Odwołujący w uzasadnieniu odwołania sprecyzował powyższe zarzuty przez podanie dodatkowych okoliczności faktycznych i prawnych.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany treści SIWZ (PFU) polegającej na jednoznacznym wskazaniu, że geotechniczne warunki posadowienia, o których mowa w pkt 1.4.2.1. PFU, mają charakter wiążący dla wykonawcy, tj. stanowić mają podstawę dokonywanej wyceny oferty i punkt odniesienia przy rozstrzyganiu ewentualnych zmian kontraktowych.

25 maja 2018 r. wpłynęło do Izby pismo Zamawiającego zawierające odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględnił odwołanie i uznał, że geotechniczne warunki posadowienia zarówno obwodnicy Sobiecina, jaki i obwodnicy Boguszowa są dokumentami wiążącymi wykonawcę.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Skuteczne skorzystanie przez którąkolwiek ze stron postępowania odwoławczego z przysługującej jej tzw. czynności dyspozytywnej (czyli uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego lub cofnięcia odwołania przez odwołującego) – powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania.

Zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w sposób niebudzący wątpliwości wyraził wolę uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, a nawet podał, w jaki sposób uczynił już zadość żądaniom odwołania.

Izba zważyła, że dla wywarcia skutku w postaci umorzenia postępowania odwoławczego w tej sprawie konieczne i wystarczające jest uwzględnienie przez Zamawiającego w całości zarzutów zawartych w odwołaniu. Natomiast dalsze czynności, które Zamawiający faktycznie już podjął lub podejmie w celu uczynienia zadość żądaniom odwołania, pozostają poza oceną Izby w ramach ustalenia zaistnienia przesłanki umorzenia postępowania odwoławczego. Tym niemniej odnotować należy, że art. 186 ust. 2 zd. drugie ustawy pzp nakazuje w takim przypadku Zamawiającemu w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia wykonać, powtórzyć lub unieważnić czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Wobec stwierdzenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a po jego stronie nie przystąpił żaden wykonawca, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 2 w zw. z art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron tego postępowania.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, że ponieważ uwzględnienie w całości zarzutów odwołania nastąpiło przed otwarciem posiedzenia, z mocy art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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. Nr 41 poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: