

POSTANOWIENIE

z dnia 6 marca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestnika w dniu **6 marca 2018 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **27 lutego 2018 r.** przez firmę: **STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Łódź- Zarząd Inwestycji Miejskich, ul. Piotrkowska 175, 90-447 Łódź**, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego: **Mosty Łódź S.A., ul. Bratysławska 52, 94-112 Łódź**

- wobec wycofania odwołania

postanawia:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze.**
- Nakazuje zwrot z rachunku bankowego **Urzędu Zamówień Publicznych** na rzecz odwołującego: **STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków**, kwoty **18 000 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczzonego 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 **Łodzi**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie:

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Przebudowa linii tramwajowej w al. Śmigłego-Rydza - Przebudowa wiaduktów na al. Śmigłego-Rydza na odcinku od al. Piłsudskiego do ul. Przybyszewskiego”, (Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej z dnia 19.12.2017r., Nr 2017/S 243-505179), w dniu 27 lutego 2018 r. zostało wniesione w postaci pisemnej odwołanie przez firmę STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, (dalej zwaną także „odwołującym”) - wobec zmiany postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej zwaną SIWZ), opublikowanej na stronie internetowej zamawiającego w dniu 22 lutego 2018 r. W kopii odwołanie przekazano zamawiającemu z zachowaniem terminu ustawowego.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 28 lutego 2018 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego w trybie art. 185 ustawy Prawo zamówień publicznych złożył w dniu 2 marca 2018 r. wykonawca. Mosty Łódź S.A., ul. Bratysławska 52, 94-112 Łódź.

Izba nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu: Miastu Łódź- Zarządowi Inwestycji Miejskich, naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), zwanej „ustawą Pzp,” tj.:

1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w związku z wprowadzeniem zmiany SIWZ z dnia 22 lutego 2018 r., i

a) nałożeniem na wykonawców obowiązku oszacowania kosztów dla nowej pozycji Kosztorysu ofertowego dla nieokreślonego jednoznacznie przedmiotu zamówienia i zdarzeń nieprzewidywalnych,

b) dokonanie opisu sposobu obliczenia ceny w SIWZ w sposób utrudniający uczciwą konkurencję poprzez zobligowanie wykonawców do hipotetycznego wycenienia kosztów robót i/lub też ryzyka, w tym związanych z błędami w przedmiarach zamawiającego - i w konsekwencji doprowadzenie do konieczności złożenia przez wykonawców ofert nieporównywalnych i niekonkurencyjnych względem siebie;

2) art. 353¹ K.c. i art. 629 K.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez wprowadzenie zaskarżoną zmianą SIWZ postanowienia determinującego wysokość i sposób określenia wynagrodzenia kosztorysowego wykraczającego poza dopuszczoną ustawowo granicę swobody umów; oraz ukształtowanie treści stosunku prawnego (SIWZ i oferta stanowi część zobowiązania umownego) w sposób

sprzeciwiający się jego właściwości, w szczególności przyjętemu we wzorze umowy wynagrodzeniu kosztorysowemu; uniemożliwienie faktycznego rozliczenia dodanej pozycji Kosztorysu ofertowego i przysługującego wykonawcy wynagrodzenia; uprzywilejowanie pozycji zamawiającego w związku z wprowadzoną zmianą i przerzuceniem ryzyka na wykonawców, pomimo że zamawiający nie określił, w jaki sposób wykonawcy mają to ryzyko oszacować i czego ono konkretnie dotyczy.

Mając powyższe zarzuty na uwadze, odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: zmiany pkt 16.5 Tomu I SIWZ poprzez wykreślenie fragmentu dodanego zmianą z dnia 22 lutego 2018 r., tj. wykreślenie treści: *„za wyjątkiem dodania w osobnym kosztorysie jednej pozycji, pt.: „Wymagania ogólne, w tym koszt dostosowania się do wymagań warunków umowy i wymagań ogólnych zawartych w DM.00.00.00 oraz wszelkie niezbędne do poniesienia dla prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, a nie wyszczególnione w przedmiarach - (ilość - 1 kpl.) Cenę tej pozycji kosztorysu należy podać w poz. 1 tabeli Formularza cenowego - Formularz nr 2 do SIWZ”.*

Pismem z dnia 5 marca 2018 r., przed otwarciem rozprawy wyznaczonej na dzień 12 marca 2018 r. należycie umocowany pełnomocnik odwołującego r. pr. M. W. złożyła oświadczenie: *„W imieniu Odwołującego STRABAG Sp. z o.o. cofam odwołanie z dnia 27 lutego 2018 r. na zmianę pkt 16.5 Tomu I SIWZ, wniesione w postępowaniu p.n. „Przebudowa linii tramwajowej w al. Śmigłego-Rydza - Przebudowa wiaduktów na al. Śmigłego-Rydza na odcinku od al. Piłsudskiego do ul. Przybyszewskiego” i wnoszę o zniesienie terminu posiedzenia KIO wyznaczonego na 12 marca 2018 r. Odwołujący wskazuje, że Zamawiający w dniu 01 marca 2018 r. dokonał kolejnej zmiany SIWZ i zmodyfikował cały punkt 16 Tomu I SIWZ, w tym uchylił zaskarżoną w odwołaniu wcześniejszą zmianę pkt 16.5. Odwołujący wnosil jednocześnie o dokonanie zwrotu wpisu na rachunek bankowy, z którego został uiszczony wpis od odwołania.*

Izba uznała, że cofnięcie odwołania w niniejszej sprawie nastąpiło ze skutkiem prawnym. W tym stanie rzeczy, Izba działając na podstawie art. 187 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych umorzyła postępowanie odwoławcze.

Cofnięcie odwołania nastąpiło przed otwarciem rozprawy, zatem zachodziły podstawy do orzeczenia na rzecz odwołującego zwrotu z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 18 000,00 zł, jako 90% uiszczzonego wpisu od odwołania, stosownie do postanowień art. 187 ust. 8, zdanie drugie ustawy Pzp.

Przewodniczący:

.....