

**POSTANOWIENIE**

**z dnia 25 sierpnia 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym **25 sierpnia 2016 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 16 sierpnia 2016 r.

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

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Zadanie 52093 – Budowa portu przeładunkowego CARGO*

prowadzonym przez zamawiającego: **17 Terenowy Oddział Lotniskowy z siedzibą w Gdańsku**

przy udziale wykonawcy: **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

**postanawia:**

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze.**
- 2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz SKANSKA 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 2015 r. poz. 2164 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 **Gdańsku**.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – 17 Terenowy Oddział Lotniskowy z siedzibą w Gdańsku – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „pzp”} w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. *Zadanie 52093 – Budowa portu przeładunkowego CARGO*. Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 18 marca 2016 r. pod nr 2016/S\_055-091381. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

1 sierpnia 2016 r. Zamawiający przesłał wykonawcom specyfikację istotnych warunków zamówienia {zwaną również dalej w skrócie „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}.

8 sierpnia 2016 r. Odwołujący – SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Skanska”} – wniósł w formie pisemnej odwołanie wobec wskazanych w odwołaniu postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że przez wprowadzenie zakwestionowanych postanowień SIWZ naruszył następujące przepisy:

1. Art. 29 ust. 1 oraz art. 31 ust. 1 w zw. z art. 140 ust. 1, art. 14 i 139 ustawy pzp, art. 647, art. 487 § 2 i art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego, § 4-6 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 (t.j. Dz. U. 2013 r. poz. 1129 ze zm.) – przez bezprawne (niezgodne z ustawą pzp i naturą stosunku zobowiązaniowego w postaci umowy o roboty budowlane) przyjęcie przez Zamawiającego możliwości opisanie przedmiotu zamówienia i objęcia go ryczałtowym wynagrodzeniem umownym bez wyszczególnienia całego zakresu robót budowlanych w dokumentacji projektowej i SIWZ oraz niedochowanie w tym zakresie obowiązku opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, co w konsekwencji prowadzi do obejścia ww. przepisów.
2. Art. 7 ust. 1 ustawy pzp – przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu

dokonania zmiany poniżej zacytowanych postanowień SIWZ polegającej na wykreśleniu sformułowań podkreślonych przez Odwołującego jako objęte zarzutami odwołania:

1. [SIWZ, pkt 3. Opis przedmiotu zamówienia, str. 12] 5) *Wykonawca jest zobowiązany do wykonania robót budowlanych niezbędnych do zrealizowania przedmiotu zamówienia zgodnie z przepisami prawa oraz jego użytkowania zgodnie z przeznaczeniem i nałożoną funkcją.*
2. [SIWZ, pkt 15. Opis sposobu obliczania ceny, str. 30-31] 1. *Obowiązującą formą wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia będzie wynagrodzenie ryczałtowe. UWAGA: Wynagrodzenie ryczałtowe obejmuje wszystkie roboty budowlane, czynności i prace oraz koszty, o których mowa w Dziale 3. OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym również roboty budowlane niezbędne do pełnego i prawidłowego ukończenia przedmiotu zamówienia zgodnie z umową, wymogami technicznymi, wiedzą budowlaną oraz aktualnymi na dzień złożenia oferty przepisami prawa oraz jego użytkowaniem zgodnie z przeznaczeniem i nałożoną funkcją.*
3. [§ 10 ust. 2 projektu umowy] 2. *Wynagrodzenie ryczałtowe określone w ust. 1, obejmuje wszystkie roboty budowlane, czynności i prace oraz koszty, o których mowa w SIWZ Rozdział 3 OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA, w tym również roboty budowlane niezbędne do pełnego i prawidłowego ukończenia przedmiotu zamówienia zgodnie z umową, wymogami technicznymi, wiedzą budowlaną oraz aktualnymi na dzień złożenia oferty przepisami prawa oraz jego użytkowaniem zgodnie z przeznaczeniem i nałożoną funkcją.*
4. [§12 ust. 1 projektu umowy] 1. *W przypadku stwierdzenia podczas odbioru końcowego istotnych wad przedmiotu umowy, to jest takich, które uniemożliwiają jego użytkowanie zgodnie z celem i przeznaczeniem przewidzianym w umowie. Zamawiający odmówi jego odbioru i będzie żądał od Wykonawcy usunięcia wad.*

Dodatkowo odwołujący sprecyzował zarzuty odnośnie powyższych regulacji przez wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych, które jego zdaniem uzasadniają wniesienie odwołania.

19 sierpnia 2016 r. wpłynęło do Prezesa Izby w formie pisemnej zgłoszenie przez Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

24 sierpnia 2016 r. wpłynęła do Izby odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty sformułowane w odwołaniu i wnosi na

podstawie art. 186 ust. 2 pzp o umorzenie postępowania odwoławczego na posiedzeniu niejawnym i wzajemne zniesienie kosztów.

Zamawiający oświadczył również, że dokonuje zmiany postanowień SIWZ zgodnie z żądaniami odwołania, co zaprezentował przez podanie ich brzmienia po usunięciu zakwestionowanych sformułowań.

**W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:**

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 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.

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.

Zamawiający w sposób niebudzący wątpliwości wyraził wolę uwzględnienia w całości zarzutów zawartych w odwołaniu.

Izba zważyła, że dla wywarcia skutku w postaci umorzenia postępowania odwoławczego konieczne i wystarczające jest uwzględnienie przez Zamawiającego w całości zarzutów zawartych w odwołaniu. Natomiast dalsze czynności, które Zamawiający podejmie w celu uczynienia zadość żądaniam odwołania, pozostają poza oceną Izby w ramach ustalenia zaistnienia przesłanki umorzenia postępowania odwoławczego. Tym niemniej przypomnieć należy, że art. 186 ust. 2 zd. drugie ustawy pzp nakazuje w takim przypadku Zamawiającemu wykonać w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia czynności zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie zaprezentował zmienioną zgodnie z żądaniami odwołania treść zaskarżonych postanowień, co dla uniknięcia nieporozumień (w szczególności poinformowania wykonawców, którzy nie byli uczestnikami postępowania odwoławczego) powinno również znaleźć odpowiednie odzwierciedlenie w dokumentacji prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia (odpowieź na odwołanie jest pismem procesowym, a nie zmianą

treści s.i.w.z.).

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 i Przystępującego.

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 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).

**Przewodniczący:** .....