Sygn. akt: KIO 3051/20

POSTANOWIENIE
z dnia 4 grudnia 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Justyna Tomkowska
Członkowie: Agnieszka Trojanowska
Renata Tubisz
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem Stron w dniu **4 grudnia 2020 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu**20 listopada 2020 roku** przez wykonawcę **Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie**
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego**: Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad Warszawie, w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie**
przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego **po stronie Odwołującego:**
1)Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie

postanawia:

1.**umorzyć postępowanie odwoławcze;**
2.nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 18 000 zł 00 gr (słownie: osiemnastu tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej 90% kwoty uiszczonego wpisu **na rzecz Odwołującego** - **Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 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 Warszawie.**

Przewodniczący:
……
Członkowie:
……
……

Sygn. akt KIO 3051/20

UZASADNIENIE

Dnia 20 listopada 2020 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., dalej jako „ustawa Pzp") odwołanie złożył wykonawca **Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie**, dalej jako „Odwołujący".

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Projekt i budowa autostrady A2 Warszawa - Kukuryki na odcinku obw. Siedlec - węzeł „Cicibór" (z węzłem)", Odcinek VIII od km ok 598+216 do km ok 610+722 o długości około 12,506 km prowadzi Zamawiający: **Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad Warszawie, w imieniu którego postepowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie**. Numer ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: Dz.U./S S219 10/11/2020 536763-2020-PL.

Odwołanie złożono wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ") w zakresie określenia terminu wykonania I Kamienia Milowego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:
(1)art 36 ust. 1 pkt 16 PZP w zw. art 139 ust. 1 PZP w zw. z art 473 § 1.KC poprzez sformułowanie postanowień wzoru umowy stanowiącego część składową SIWZ w sposób niezgodny z dopuszczalnym prawem zakresem określania zdarzeń, za które ponosi odpowiedzialność dłużnik polegające na przerzuceniu na wykonawcę całości odpowiedzialności (ryzyka) za wszelkie przyczyny niedotrzymania terminu wykonania Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania (Kamienia Milowego nr 1), w całkowitym oderwaniu od daty zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego;
(2)art. 36 ust. 1 pkt 16 PZP w zw. art 139 ust. 1 PZP i w zw. z art. 353(1) KC poprzez sformułowanie postanowień wzoru umowy stanowiącego część składową SIWZ w sposób sprzeczny z naturą stosunku prawnego umowy wzajemnej polegający na objęciu zakresem odpowiedzialności dłużnika zdarzeń, za które nie ponosi odpowiedzialności, łącznie z tymi, za które ponosi odpowiedzialność Zamawiający;
(3)art. 29 ust 1 PZP poprzez sformułowanie postanowień wzoru umowy stanowiącego część składową SIWZ w odniesieniu do wykonania Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania (Kamienia Milowego nr 1) bez uwzględnienia wszystkich wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w powodujący niejednoznaczność w określeniu terminu wykonania zobowiązania;

Odwołujący wnosił o:
- uwzględnienie odwołania w całości,
- nakazanie Zamawiającemu zmiany wszystkich postanowień SIWZ, których to dotyczy w ten sposób, aby termin wykonania Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania (Kamienia Milowego nr 1) określony będzie jako: „złożenie w terminie 10 miesięcy od Daty Rozpoczęcia wniosku/wniosków o wydanie decyzji ZRID do właściwego organu administracji publicznej
w oparciu, o który Wojewoda dokona wszczęcia postępowania ws decyzji ZRID (w zakresie obowiązującej DUŚ znak:W00Ś-H.4200.1.201l.MW z dnia 20 grudnia 2011)."
ewentualnie
- wprowadzenie do SIWZ postanowień zwalniających wykonawcę od odpowiedzialności za niedotrzymanie Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania (Kamienia Milowego nr 1)
w następstwie zdarzeń niezależnych od wykonawcy, w tym w szczególności w następstwie przeciągającego się

postępowania.

Odwołujący podkreślił, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż zamierza ubiegać się o udzielenie zamówienia będącego przedmiotem postępowania. Jest jednym z większym wykonawców robót budowlanych w Polsce i realizuje szereg inwestycji infrastrukturalnych, w tym zakresie budowy dróg ekspresowych i autostrad. Niezgodne z przepisami PZP ukształtowanie umowy w sprawie zamówienia publicznego uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie zamówienia. Odwołujący ponosi tym samym szkodę w postaci nieudzielenia mu zamówienia, doznając tym samym szkody polegającej na nieuzyskaniu spodziewanego zysku.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania podkreślono, że w SIWZ dla tego postępowania Zamawiający ustanowił wymaganie kontraktowe, aby jeden z etapów pośrednich realizacji przedmiotu zamówienia, tzw. Kamień Milowy nr 1, obejmujący złożenie w terminie wniosku/wniosków o wydanie decyzji ZRID do właściwego organu administracji publicznej w oparciu, o który Wojewoda dokona wszczęcia postępowania ws. decyzji ZRID (w zakresie obowiązującej DUŚ znak: WOOŚ- II.4200.1.2011.MW z dnia 20 grudnia 2011) został wykonany do dnia 15 grudnia 2021 r. Takie opisanie terminu wykonania Kamienia Milowego nr 1 jest zdaniem Odwołującego sprzeczne z przywołanymi w zarzutach przepisami prawa.

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

SIWZ została zamieszczona przez Zamawiającego na platformie zakupowej gdzie prowadzone jest postępowanie w dniu 10 listopada 2020 r. Wobec powyższego termin do wniesienia odwołania został zachowany. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu. Odwołujący w terminie uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego złożyli następujący wykonawcy:

1)Aldesa Construcciones Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie;

2)Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie.

Izba potwierdziła skuteczność zgłoszonych przystąpień.

W dniu 3 grudnia 2020 roku Przystępujący Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie złożył oświadczenie o cofnięciu złożonego przystąpienia. Izba doszła do przekonania, że możliwe jest złożenie oświadczenia procesowego cofającego wcześniej złożone oświadczenie o chęci uczestnictwa w postępowaniu odwoławczym.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości. Zamawiający zauważył, że Wykonawca celem dotrzymania wymagań dla Kamienia Milowego nr 1 będzie zobowiązany do złożenia wniosku o wydanie decyzji ZRiD, co jest uzasadnione przedmiotem zamówienia. Istotną częścią opisu przedmiotu zamówienia jest decyzja z dnia 20 grudnia 2011 roku o środowiskowych uwarunkowaniach, której ważność upływa w dniu 2 lutego 2022 roku. Zatem termin Kamienia Milowego nr 1 jest ściśle związany z upływem terminu ważności decyzji. Niezłożenie wniosku o wydanie decyzji ZRiD uniemożliwi realizację inwestycji. Dodatkowo Zamawiający zauważył, że przewidziane kary umowne przewidziane są tylko w sytuacji, gdy niedotrzymanie terminu nastąpi z przyczyn zależnych od Wykonawcy. Nie odpowiada więc on za okoliczności, które nie będą przez niego zawinione. Zdaniem Zamawiającego nie można również mówić o naruszeniu art. 353 (1) kc bowiem określenie Kamienia Milowego nr 1 wynika z uzasadnionych potrzeb Zamawiającego. Wykonawca jako podmiot działający profesjonalnie od lat na rynku robót budowlanych jest w stanie wycenić w ofercie konieczność zwiększenia zasobów ludzkich oraz technicznych celem wykonania Kamienia Milowego.

Odwołujący, w dniu 3 grudnia 2020 roku o godz. 18.43, przed dniem wyznaczonego posiedzenia i rozprawy przed Izbą na dzień 4 grudnia 2020 roku, złożył oświadczenie o wycofaniu odwołania w całości. Oświadczenie o cofnięciu odwołania zostało złożone przez osobę umocowaną do działania w imieniu wykonawcy.

Skład orzekający Izby, działając na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze i drugie oraz art. 192 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp postanowił umorzyć postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie, 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 uiszczonego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, czyli kwotę 18 000,00 zł, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 3a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018r., poz. 972). Izba, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 3b przywołanego wyżej rozporządzenia Prezesa rady Ministrów odmówiła przyznania kosztów zastępstwa procesowego stronie zamawiającej z uwagi na okoliczność, iż cofnięcie odwołania nastąpiło co najmniej na 1 dzień przed dniem, na który został wyznaczony termin posiedzenia z udziałem stron oraz uczestników postępowania.

Przewodniczący:

……

Członkowie:

……

……