

POSTANOWENIE

z dnia 8 listopada 2023 r.

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

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron postępowania odwoławczego **8 listopada 2023 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **23 października 2023 r.**

przez wykonawcę: **Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** [„Odwołujący”]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Budowa DW 723 od budowanego węzła w ciągu DK 77 do istniejącego śladu DW 723 w m. Sandomierz o dł. ok. 1,35 km* (ŚZDW.N-WZ.222.1.68.2023.TJ)

prowadzonym przez zamawiającego: **Województwo Świętokrzyskie – Świętokrzyski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Kielcach**

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.

2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego kwoty 18000 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczonego wpisu.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze 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**.

Uzasadnienie

Województwo Świętokrzyskie – Świętokrzyski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Kielcach {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) {dalej: „ustawa pzp” lub „ppz”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. *Budowa DW 723 od budowanego węzła w ciągu DK 77 do istniejącego śladu DW 723 w m. Sandomierz o dł. ok. 1,35 km* (ŚZDW.N-WZ.222.1.68.2023.TJ). Ogłoszenie o tym zamówieniu 13 października 2023 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2022/S_198 pod poz. 618180.

23 października 2023 r. Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie {dalej: „Odwołujący”} wniósł odwołanie wobec postanowień specyfikacji warunków zamówienia {dalej: „SWZ”}.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {jeżeli poniżej nie wskazano przepisów innych aktów prawnych}:

1. Art. 16, art. 99 ust. 1 i ust. 4 ustawy pzp w zw. z art. 134 ust 1 pkt 6, art. 8 ust. 1 w zw. z art. 5 Kodeksu cywilnego („kc”), art. 353¹ kc i art. 387 kc – przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który nie uwzględnia wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, w szczególności polegające na:

- 1.1. określeniu niemożliwego do dochowania terminu wykonania przedmiotu zamówienia i jego części, który to termin końcowy został określony jako „do 43 miesięcy od dnia zawarcia umowy”, zaś terminy pośrednie jako: a) *Wykonanie projektu budowlanego wraz ze wszczęciem procedury ZRID – 19 miesięcy od podpisania umowy*; b) *Uzyskanie decyzji ZRID z rygiem natychmiastowej wykonalności wraz z opracowaniem i zatwierdzeniem wszystkich etapów projektu wykonawczego i technicznego – 23 miesiące od podpisania umowy*; c) *Realizacja robót budowlanych – 20 miesięcy od uzyskania decyzji ZRID z rygiem natychmiastowej wykonalności, Wykonawca w ciągu 30 dni od zakończenia robót budowlanych zobowiązany jest w imieniu Zamawiającego uzyskać pozwolenie na użytkowanie obiektu. Brak pozwolenia na użytkowanie skutkuje brakiem odbioru końcowego i jest uznawany za niewykonanie zadania w terminie umownym*; d) *Sprawowanie nadzoru autorskiego – do dnia faktycznego zakończenia realizacji prac* – tym samym określenie ww. terminów w sposób niezgodny z naturą stosunku zobowiązaniowego, naruszający bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, równowagę stron i prowadzący do nadużyć prawa podmiotowego, a także czyniący świadczenie niemożliwym i skutkujący nieważnością stosunku zobowiązaniowego poprzez ustalenie niemożliwego do dotrzymania terminu wykonania przedmiotu Umowy, w tym jego części.

2. Art. 16, art. 99 ust. 1, 2, 4, art. 433 pkt 3 w zw. z art. 8 ust 1, art. 353¹ kc w zw. z art. 647 kc – przez niezasadne i bezpodstawne przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności i ryzyka wskazanego w pkt 2.1 odwołania, tj. z uwagi na brak przewidzenia przesłanki zmiany Umowy w zakresie wydłużenia terminu wykonania przedmiotu Umowy w przypadku, gdy odpowiednie organy nie nadadzą rygoru natychmiastowej wykonalności decyzjom wydanym w trakcie realizacji Umowy albo gdy wykonanie poszczególnych decyzji zostanie wstrzymane przez odpowiednie

organy, a także gdy odpowiedni Organ określi obowiązek przeprowadzenia ponownej oceny oddziaływania na środowisko na etapie uzyskiwania decyzji PnB/ZRID.

3.Art. 16, art. 99 ust. 1, 2, 4, art. 433 pkt 3 w zw. z art. 8 ust 1, art. 353¹ kc w zw. z art. 647 kc – przez niezasadne i bezpodstawne przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności i ryzyka wskazanego w pkt 2.II odwołania, w tym za przedłużenie czasu realizacji umowy z przyczyn nieleżących po stronie Wykonawcy, z przyczyn zaś zależnych od Zamawiającego, bądź okoliczności niezależnych od stron, w tym w szczególności z uwagi na brak wprowadzenia przesłanek zmiany umowy w zakresie zwiększenia wynagrodzenia w przypadku, gdy dojdzie do wydłużenia terminu wykonania przedmiotu Umowy.

4.Art. 99 ust. 1, 2 i 4, art. 433 pkt 3 w zw. z art. 16 oraz art. 17 ust. 2 Pzp oraz art. 353¹ kc, art. 632 kc, art. 647 kc, art. 5 kc w zw. z art. 8 ust. 1 – przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia oraz sformułowanie postanowień Umowy w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz oszacowanie kosztów wykonania przedmiotu zamówienia, a także poprzez niezasadne i bezpodstawne przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności i ryzyka, w tym za przedłużenie czasu realizacji umowy z przyczyn nieleżących po stronie Wykonawcy, z przyczyn zaś zależnych od Zamawiającego, tj. w szczególności poprzez: a) brak określenia w jaki sposób ma wyglądać procedura w ramach której nastąpi wybór przez Zamawiającego wariantu rozwiązań projektowych budowy DW 723 oraz ile czasu ma trwać ta procedura, w tym brak określenia zasad i terminów przeprowadzenia konsultacji społecznych „na etapie projektowania”, b) brak określenia w jakich przypadkach oraz przez jaki czas może trwać zawieszenie robót przez Zamawiającego z przyczyn niezależnych od Wykonawcy, o którym mowa w § 16 ust. 2 pkt 2.4 lit. e) Umowy, oraz brak przewidzenia przesłanki zmiany wynagrodzenia Wykonawcy z uwagi na wzrost kosztów w przedłużonym czasie obowiązywania Umowy.

5.Art. 16 pkt 1, 2 i 3 oraz art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 – przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, polegające na zaniechaniu przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w sposób umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji i wypełnienie obowiązków inwestora związanych z przygotowaniem postępowania, w szczególności wobec określenia nierealnych terminów wykonania zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu zmiany zakwestionowanych postanowień SWZ w zakresie i brzmieniu również szczegółowo sprecyzowanym na wstępie odwołania.

7 listopada 2023 r. wpłynęło do Izby pismo Odwołującego zawierające jego oświadczenie o wycofaniu powyższego odwołania na podstawie art. 520 ust. 1 ustawy pzp.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 520 ustawy pzp odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy (ust. 1). Cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby (ust. 2).

Odwołujący skorzystał z przysługującego mu uprawnienia i skutecznie wycofał uprzednio wniesione odwołanie, co nastąpiło przed otwarciem posiedzenia w tej sprawie odwoławczej.

Z tych względów – działając na podstawie art. 568 pkt 1 pzp – Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w tej sprawie.

O kosztach tego postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do treści art. 575 pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) – nakazując zwrot Odwołującemu 90% procent uiszczonego wpisu.