

POSTANOWIENIE
z dnia 5 września 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Kot

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 5 września 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 sierpnia 2022 r. przez odwołującego: Mota – Engil Central Europe S.A. z siedzibą w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Dolnośląską Służbę Dróg i Kolei we Wrocławiu z siedzibą we Wrocławiu

przy udziale wykonawcy PORR 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 odwołującego Mota – Engil Central Europe S.A. z siedzibą w Krakowie kwoty 20 000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100) stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 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.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Dolnośląska Służba Dróg i Kolei we Wrocławiu z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Zamawiający”) prowadzi na podstawie art. 132 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane pn. „Budowa obwodnicy m. BOGUSZÓW-GORCE CPV 45000000-7” (Numer referencyjny: NI.2720.63.2022, dalej: „Postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 czerwca 2022 r. pod numerem: 2022/S 119 - 334156.

Wartość zamówienia przekracza progi unijne.

22 sierpnia 2022 r. wykonawca Mota – Engil Central Europe S.A. z siedzibą w Krakowie (dalej: „Odwołujący” oraz „Mota – Engil Central Europe S.A.”) wniósł odwołanie wobec treści dokumentów zamówienia i treści ogłoszenia o zamówieniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 99 ust. 1 ustawy Pzp i art. 353¹ k.c. w związku z art. 387 k.c. poprzez ukształtowanie treści przyszłej umowy w sposób naruszający ustawę wskutek ustalenia terminów wykonania Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania (Kamieni Milowych) oraz Czasu na Ukończenie wyłączających możliwość terminowego wykonania tych obowiązków, a co powoduje, iż umowa w tym zakresie będzie dotknięta tzw. niemożliwością świadczenia pierwotną.

W związku z powyższym Mota – Engil Central Europe S.A. wniosła o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu zmiany treści SWZ i ogłoszenia o zamówieniu poprzez wprowadzenie następujących modyfikacji:

- 1) Zmianę subklauzuli 8.14 projektu umowy (danych kontraktowych) poprzez nadanie jej następującej nowej treści:

„Wymagana Minimalna Ilość Wykonania (Kamień Milowy) stanowi:

Kamień Milowy nr 1 – 25 miesięcy od Daty Rozpoczęcia – uzyskanie decyzji ZRID

Kamień Milowy nr 2 – 33 miesiące od Daty Rozpoczęcia - wykonane i zaakceptowane, w terminie 28 miesięcy od Daty Rozpoczęcia i zaakceptowane zgodnie z Subklauzulą 8.14 [Wymagana Minimalna Ilość Wykonania], Roboty o wartości niemniejszej niż 30% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej netto”;

- 2) zdefiniowanie w Czasu na Ukończenie jako 47 miesięcy od Daty Rozpoczęcia;
- 3) Nakazanie Zamawiającemu uzupełnienia wzoru umowy poprzez dodanie postanowienia o treści:

„Jeżeli na skutek konieczności uzyskania nowej decyzji o uwarunkowaniach środowiskowych zmieni się zakres robót projektowych, a następnie budowlanych, w stosunku do zakresu wynikającego z programu funkcjonalno-użytkowego, to Wykonawca da powiadomienie Inżynierowi i będzie uprawniony z uwzględnieniem Subklauzuli 20.1 do:

- a) przedłużenia czasu do wykonania każdej z Wymaganych Minimalnych Ilości Wykonania oraz Czasu na Ukończenie,*
- b) płatności za jakikolwiek taki Koszt, która to płatność będzie włączona do Ceny Kontraktowej, powiększony o rozsądny zysk odniesiony od tego Kosztu”.*

W dniu 24 sierpnia 2022 r. skuteczne przystąpienie do niniejszego postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosił wykonawca PORR S.A. z siedzibą w Warszawie.

W piśmie z dnia 26 sierpnia 2022 r. skierowanym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej Zamawiający oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Zgodnie z art. 522 ust. 1 ustawy Pzp „W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze 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”.

Z kolei przepis art. 568 ustawy Pzp stanowi, że *„Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku: 1) cofnięcia odwołania; 2) stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne; 3) o którym mowa w art. 522”.*

Mając na uwadze powyższe oświadczenie Izba uznała, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu przed otwarciem rozprawy.

Izba na podstawie art. 522 ust. 1 ustawy Pzp stwierdziła, że zachodzą przesłanki umożliwiające umorzenie postępowania odwoławczego na posiedzeniu niejawnym i, zgodnie z przepisem art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 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. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: