

Sygn. akt: KIO 683/22

POSTANOWIENIE
z dnia 23 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 23 marca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 marca 2022 r. przez wykonawcę **NDI S.A. z siedzibą w Sopocie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach**

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego kwoty 18 000 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. 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

Zamawiający – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *roboty budowlane dla zadania: „Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 934 od miejscowości Imielin do DK 44”* (znak postępowania: WI-K/PN/220211/1).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 marca 2021 r. pod numerem 2022/S 042-107921.

W dniu 11 marca 2022 r. wykonawca NDI S.A. z siedzibą w Sopocie [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 436 pkt 1 w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 w związku z art. 134 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp - poprzez określenie terminu wykonania zamówienia (ukończenia całości robót budowlanych) w postaci daty kalendarzowej - podczas gdy taki sposób określenia terminu wykonania zamówienia jest niezgodny z ww. przepisami PZP oraz nie uwzględnia i nie zabezpiecza stron przed okolicznościami, które mogą ograniczyć czas potrzebny do wykonania zamówienia, a w konsekwencji może skutkować niemożliwością jego wykonania w zakreślonym terminie oraz przerzucanie na wykonawców niewycenialne ryzyka wynikające z ewentualnego przedłużenia się postępowania przetargowego z przyczyn od nich niezależnych, co zniechęca wykonawców do składania ofert w Postępowaniu, a w konsekwencji - prowadzi do naruszenia uczciwej konkurencji;

2. art. 16 ustawy Pzp, art. 17 ustawy Pzp, art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp, art. 431 ustawy Pzp, art. 436 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 3531 KC, art. 58 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp poprzez przygotowanie i prowadzenie przez Zamawiającego postępowania w sposób naruszający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, jak również zasadę proporcjonalności - a to przez zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w sposób zapewniający najlepszą jakość robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia oraz uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w szczególności wobec sformułowaniem zapisów SWZ oraz wyżej przytoczonego postanowienia umownego (wskazanie daty wykonania umowy w sposób arbitralny - jako konkretnej daty kalendarzowej) tj. w sposób wykorzystujący pozycję dominującą organizatora przetargu i rażące uprzywilejowanie w treści projektu umowy pozycji Zamawiającego, wbrew zasadom współdziałania, równoważenia interesów stron umowy w sprawie zamówienia publicznego, a także zasad współżycia społecznego i właściwości stosunku prawnego.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. zmianę pkt 6 SWZ oraz §3.1 wzoru Umowy tj. sposobu określenie terminu wykonania zamówienia poprzez zastąpienie terminu wykonania zamówienia określonego w postaci konkretnej daty kalendarzowej („Zamawiający wymaga aby Wykonawca ukończył całość robót budowlanych dla zadania w terminie do dnia 15.10.2024 r.”) terminem oznaczonym w postaci określonej liczby miesięcy liczonej od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, czyli:

pkt 6 SWZ: „Wykonawca jest zobowiązany wykonać przedmiot zamówienia w terminie: 27 miesięcy liczonych od dnia zawarcia Umowy”

oraz

§3.1 „Zamawiający wymaga aby Wykonawca ukończył całość robót budowlanych dla zadania w terminie 27 miesięcy liczonych od dnia zawarcia Umowy”.

Alternatywnie o zmianę ww. zapisów w następujący sposób:

pkt 6 SWZ: „Wykonawca jest zobowiązany wykonać przedmiot zamówienia (bez uzyskania decyzji o pozwoleniu na użytkowanie) w terminie: 24 miesięcy liczonych od dnia przekazania Wykonawcy terenu budowy.”

oraz

§3.1 „Zamawiający wymaga aby Wykonawca ukończył całość robót budowlanych dla zadania w terminie 24 miesięcy liczonych od dnia przekazania Wykonawcy terenu budowy, o którym mowa w § 3.3. W terminie na zakończenie robót budowlanych Wykonawca jest zobowiązany złożyć wniosek o wydanie pozwolenia na użytkowanie, ale nie musi uzyskać tej decyzji”.

oraz odpowiednio skreślenia w §3.4.: ”Wykonawca przygotowuje i złoży do nadzoru budowlanego wniosek o wydanie decyzji pozwolenie na użytkowanie oraz dokona skutecznego zawiadomienia o zakończeniu budowy. Przygotowanie wszystkich niezbędnych dokumentów jest po stronie Wykonawcy. ~~Decyzje o pozwoleniu na użytkowanie należy uzyskać najpóźniej w terminie rozliczenia zadania.~~ Zawiadomienia o zakończeniu budowy należy dokonać najpóźniej w terminie rozliczenia zadania. Odpowiednio wcześniej Wykonawca jest zobowiązany wystąpić do Zamawiającego z wnioskiem o udzielenie stosownego pełnomocnictwa w tym zakresie.”

a ponadto Odwołujący wniósł o:

2.nakazanie przekazania zmiany SWZ niezwłocznie wszystkim wykonawcom oraz zamieszczenie jej na stronie internetowej;

3. nakazanie odpowiedniej zmiany terminu składania ofert, jeżeli okaże się to niezbędne;

4. obciążenie w całości Zamawiającego kosztami postępowania, tj. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów wpisu od odwołania w wysokości 20.000,00

zł wraz z ewentualnymi pozostałymi kosztami przedstawionymi na wykazie podczas rozprawy, w tym ewentualnymi kosztami zastępstwa procesowego.

Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpień.

W dniu 22 marca 2022 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismo w formie elektronicznej, w którym oświadczył, że cofa wniesione odwołanie. Izba stwierdziła, że oświadczenie o wycofaniu odwołania zostało złożone przez osobę uprawnioną do reprezentowania Odwołującego

Wobec powyższych ustaleń Izba wskazuje, że na skutek cofnięcia odwołania wystąpiła przesłanka do umorzenia postępowania odwoławczego, o której mowa w art. 520 ust. 1 i 2 oraz art. 568 pkt 1 ustawy Pzp. Stosownie do treści art. 520 ust. 1 ustawy Pzp, odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy. Cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby (art. 520 ust. 2 ustawy Pzp). Z kolei w myśl art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.

Mając na uwadze powyższe postanowiono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), nakazując zwrot na rzecz Odwołującego 90% kwoty wpisu uiszczanego w wysokości 20 000,00 zł.

Przewodniczący: