

Sygn. akt: KIO 598/21

POSTANOWENIE
z dnia 9 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 9 marca 2021 r.,
w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu

22 lutego 2021 r. przez wykonawcę **Alstal Grupa Budowlana Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Bydgoszczy**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Olsztyn**

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,

2. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Alstal Grupa Budowlana Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowej kwoty 20.000,00 złotych (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej uiszczony wpis.

Stosownie do art. 579 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 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:.....

Sygn. akt: KIO 598/21

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Olsztyn prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „przebudowę i rozbudowę hali widowiskowo-sportowej Urania w Olsztynie” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019, poz. 1843 z późn. zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 24 grudnia 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 251-627365. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący – Alstal Grupa Budowlana Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 38 ust. 6 w zw. z art. 43 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian w ofertach, tj. co najmniej o 30 dni licząc od 10 lutego 2021 r. (dzień wprowadzenia zmian do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia);

2. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 38 ust. 1 i ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie udzielenia odpowiedzi na pytanie, które wpłynęło do Zamawiającego w terminie skutkującym koniecznością udzielenia odpowiedzi na pytanie przez Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby dokonał modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i wydłużył termin składania ofert do 12 marca 2021 r. oraz niezwłocznie udzielił odpowiedzi na pytanie wykonawcy.

Zamawiający oświadczył, że kopię odwołania wraz z wezwaniem do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu 23 lutego 2021 r.

Do chwili wydania niniejszego postanowienia nie zgłoszono przystąpienia do postępowania odwoławczego.

8 marca 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie („Wniosek o umorzenie postępowania”), w której wniósł o umorzenie postępowania na podstawie art. 568 pkt 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz oświadczył, że w związku z kolejnymi odpowiedziami na pytania do specyfikacji istotnych warunków zamówienia zmienił termin składania ofert na 16 marca 2021 r., czym pośrednio uwzględnił odwołanie Odwołującego

w zakresie zmiany terminu składania ofert (obecny termin składania ofert mija później niż żądał tego Odwołujący).

W zakresie zarzutu, że Zamawiający posługuje się niewyjaśnionym zwrotem „warunki fizyczne”, Zamawiający wskazał, iż w związku z kolejnymi odpowiedziami na pytania do specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokonał następującej modyfikacji rozdziału XIV ust. 4 specyfikacji: „Kryterium <<Przejęcie ryzyka przez Wykonawcę>> – wskaźnik K3, waga: 17 %. Oceniane będzie na podstawie zobowiązania Wykonawcy w pkt 6 Formularza Oferty do przejęcia ryzyka braku dodatkowego wynagrodzenia, w razie wystąpienia odmiennych, niż wskazane w dokumentacji projektowej, warunków fizycznych, w zakresie:

- odmiennych warunków gruntowych i wodnych,

- zanieczyszczeń gruntu odpadami (np. gruzem) na głębokości większej niż 3 m poniżej poziomu projektowanego terenu,

- obiektów i sieci niezainwentaryzowanych lub odstępstw od inwentaryzacji oraz konieczności rozbioru elementów niezainwentaryzowanych,

- konieczności zmiany lokalizacji odwiertów sond pionowych spowodowanej brakiem możliwości technicznych realizacji odwiertów w zaprojektowanych punktach,

- konieczności wykonania dodatkowego zabezpieczenia ściankami szczelnymi lub odwodnienia wykopów (w tym zastosowania igłofiltrów),

- kolizji projektów branżowych nie przewidzianych w dokumentacji projektowej i konieczności zapewnienia koordynacji między branżowej,

- konieczności zapewnienia nie uwzględnionego w projekcie podłączenia w szczególności drobnego wyposażenia typu kostkarka do lodu, suszarka do rąk itp. wskazanego w kartach charakterystyki pomieszczeń*

Wykonawca będzie zobowiązany do wykonania wszelkich czynności, w tym ewentualnego opracowania na własny koszt zamienną dokumentacji projektowej, uzyskania uzgodnień, pozwoleń, itp. niezbędnych do usunięcia dodatkowych kolizji wynikających z odmienności

w stosunku do dokumentacji projektowej.

Ponadto, w ramach tego kryterium, Wykonawca zrzeknie się roszczenia o koszty ogólne budowy w razie przedłużenia

okresu realizacji (bez względu na przyczynę) do 6-ciu miesięcy, jeżeli okres realizacji przedłuży się ponad 6 miesięcy, Wykonawcy będzie przysługiwało uzasadnione rozszczenie wyłącznie za okres przekraczający 6 miesięcy. Kryterium <<przejęcie ryzyka przez Wykonawcę>> będzie rozpatrywane według następujących zasad:

a) Wykonawca, który zobowiąże się do przejścia na siebie ryzyka braku dodatkowego wynagrodzenia – otrzyma 17 punktów,

b) jeżeli Wykonawca nie zobowiąże się do przyjęcia na siebie ryzyka lub nie wypełni w Formularzu Oferty pozycji dotyczącej ryzyka, Zamawiający uzna, że Wykonawca nie przejmie na siebie określonego w przedmiotowym kryterium ryzyka i nie przyzna punktów w kryterium <<Przejęcie ryzyka przez Wykonawcę>>. W kryterium <<Przejęcie ryzyka przez Wykonawcę>> Wykonawca można uzyskać maksymalnie 17 punktów. Szczegółowe postanowienia odnoszące się do przedmiotowego kryterium znajdują się we wzorze umowy.”

We wzorze umowy Zamawiający wprowadził następujące zmiany: w § 19 ust. 6 otrzymuje brzmienie: „W razie przyjęcia przez Wykonawcę w ofercie zobowiązania do przejścia przez Wykonawcy ryzyka dodatkowego wynagrodzenia (Kryterium K3), Wykonawca zobowiązuje się do przejścia ryzyk (w tym finansowych i terminowych) związanych z możliwością wystąpienia odmiennych, jak wskazane w dokumentacji projektowej warunków fizycznych w zakresie:

1) odmiennych warunków grantowych i wodnych,

2) zanieczyszczeń gruntu odpadami (np. gruzem) na głębokości większej niż 3 m poniżej poziomu prostowanego terenu,

3) obiektów i sieci niezainwentaryzowanych lub odstępstw od inwentaryzacji oraz konieczności rozbiórki elementów niezainwentaryzowanych,

4) konieczności zmiany lokalizacji odwiertów sond pionowych spowodowanej brakiem możliwości technicznych odwiertów w zaprojektowanych punktach,

5) konieczności wykonania dodatkowego zabezpieczenia ściankami szczelnymi lub odwodnienia wykopów (w tym zastosowania igłofiltrów),

6) kolizji projektów branżowych nie przewidzianych w dokumentacji projektowej

i konieczności zapewnienia koordynacji międzybranżowej,

7) konieczności zapewnienia nieuwzględnionego w projekcie podłączenia w szczególności drobnego wyposażenia typu kostkarka do lodu, suszarka do rąk itp. wskazanego w kartach charakterystyki pomieszczeń.

Zamawiający skonstatował, że wobec powyższego uwzględnił odwołanie Odwołującego w ww. zakresie.

Wobec powyższego oświadczenia Zamawiającego Izba uznała, że Zamawiający uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu przed otwarciem posiedzenia, zgodnie z art. 522 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. poz. 2019 z późn. zm.), stwierdziła, że zachodzą przesłanki umożliwiające umorzenie postępowania odwoławczego i, zgodnie z przepisem art. 568 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, orzekła jak w sentencji.

Zgodnie z art. 522 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych 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. Art. 568 ustawy Prawo zamówień publicznych 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.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ust. 6 ustawy

z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 2 pkt 2, § 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), z których wynika, że jeżeli zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu przed otwarciem rozprawy, koszty postępowania znosi się wzajemnie.

Przewodniczący:.....