

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 19 stycznia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Maria Kacprzyk

na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 19 stycznia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 grudnia 2023 r. przez wykonawcę PORR S.A. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiających Zarząd Morskiego Portu Gdynia S.A. z siedzibą w Gdyni i Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni

Uczestnik po stronie odwołującego:

- A. wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie;
- B. wykonawca FABE POLSKA sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie;
- C. wykonawca Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie;
- D. wykonawca NDI S.A. z siedzibą w Sopocie;

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Morskiego Portu Gdynia S.A. z siedzibą w Gdyni i Dyrektor Urzędu Morskiego w Gdyni prowadzą w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „*Budowa falochronów osłonowych, stanowiących wodną infrastrukturę dostępową do Portu Zewnętrznego w Porcie Gdynia, w formule zaprojektuj i wybuduj*”, nr referencyjny: ZU/227/SWZ-47/KJ/MG/2023, dalej zwane: „Postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 15 listopada 2023r. pod numerem: 694277-2023. Wartość zamówienia przekracza progi unijne określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.), dalej zwanej „Pzp”.

W dniu 29 grudnia 2023 r. Odwołujący – PORR S.A. z siedzibą w Warszawie działając na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513 pkt 1 i 2, art. 515 ust. 1 Pzp, wniósł odwołanie na niezgodne z przepisami Pzp czynności i zaniechania Zamawiającego polegające na nieprawidłowym i wewnętrznie sprzecznym opisie przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego zarzucił naruszenie następujących przepisów: art. 103 ust. 3 i 4 Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353¹ KC w zw. z art. 647 KC w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, wewnętrznie spreczny i nieuwzględniający okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty i realizację przedmiotu zamówienia, z uwagi na dokonanie dnia 20 grudnia 2023r. zmiany opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który powoduje, że nie jest możliwe wybudowanie falochronów osłonowych oraz wygrodzień ochronnych spełniających wymagania Zamawiającego, ponieważ:

- a) warunki falowe otrzymane w wyniku przeprowadzonych obliczeń numerycznych przedstawione w Załączniku nr 19 (Analiza falowania) przekazany przez Zamawiającego dnia 20.12.2023r. są sprzeczne ze zdefiniowanymi wymaganiami znajdującymi się w Załączniku nr 3 (Program Funkcjonalno-Użytkowy; Tabela nr 17 „Parametry falowania w rejonie terminala w wyniku rozproszenia energii na falochronach), oraz
- b) udostępniona przez Zamawiającego Analiza falowania (Załącznik nr 19) nie zawiera obliczeń numerycznych dotyczących warunków falowych przy Stanowisku nr 3 oraz Nabrzeżu Zachodnim projektowanego Terminala Kontenerowego pomimo że w Załączniku nr 3 do SWZ (Program funkcjonalno-użytkowy) Zamawiający sformułował wymagania dotyczące warunków falowania dla ww. stanowisk; oraz
- c) stan techniczny istniejącego falochronu (zgodnie z ekspertyzami przedstawionymi w Załączniku nr 20 - Ekspertyza

falochronu MON) uniemożliwia wykonanie trwałego montażu wygradzenia (celem minimalizacji oddziaływania na mewę srebrzystą) na nadbudowie istniejącego falochronu MON.

Podnosząc powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ w następujący sposób:

- a) pkt 2.1.7.1 PFU (Tabela nr 17 „Parametry falowania w rejonie terminala w wyniku rozproszenia energii na falochronach” (Załącznik nr 3), tj. ustalenie wymagań w zakresie fali znacznej nadbiegającej:
 - z kierunków N, NNE oraz E: Stanowisko 1 i Stanowisko 2 - zgodnie z wartościami wynikającymi z Załącznika 19 (Analiza falowania); Nabrzeże Uniwersalne (Nabrzeże przeładunkowe) i Nabrzeże PPP (Nabrzeże zamykające) - zgodnie z wartościami wynikającymi z Załącznika 19 (Analiza falowania); Stanowisko 3 - usunięcie wymagań; Basen Wschodni – Nabrzeże Zachodnie - usunięcie wymagań;
 - z kierunku SE: - usunięcie wymagań;
- b) wyłączenie z zakresu zamówienia robót polegających na montażu wygradzenia (ochrona mewy srebrzystej) na nadbudowie istniejącego falochronu MON.

Odwołujący wniósł także o nakazanie Zamawiającemu dokonania aktualizacji Programu funkcjonalno-użytkowego w celu doprowadzenia do zgodności ze zaktualizowaną Analizą falowania (Załącznik nr 19) i doprowadzenia do zgodności wszystkich dokumentów stanowiących opis przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podał, że posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania, ponieważ jest przedsiębiorcą działającym na rynku budownictwa hydrotechnicznego i zamierza złożyć ofertę w Postępowaniu, jednak wskutek działań i zaniechań Zamawiającego, Odwołujący może ponieść szkodę w postaci braku możliwości złożenia oferty.

W dniu 5 stycznia 2024 r., do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego następujących wykonawców: Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie; NDI S.A. z siedzibą w Sopocie.

W dniu 8 stycznia 2024 r., do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego następujących wykonawców: FABE POLSKA sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie; Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie.

W dniu 17 stycznia 2024 r., w wykonaniu zarządzenia Izby, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołanie Zamawiającego, w treści której uwzględnił w całości zarzuty zawarte w odwołaniu i wniósł o umorzenie postępowania na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania. Poinformował także o zmianie opisu przedmiotu zamówienia, dokonanej dnia 16 stycznia 2024 r. i oświadczył, że roboty polegające na montażu wygradzenia zapobiegającego wypadaniu piskląt mewy srebrzystej na nadbudowie istniejącego falochronu MON są wyłączone z przedmiotu zamówienia.

Izba zważyła, co następuje.

Izba nie dopatrzyła się przesłanek, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania. Izba ustaliła, że odwołanie zostało wniesione w terminie, nie zawiera braków formalnych oraz terminowo został uiszczony od niego wpis w wymaganej wysokości. Nie została również wypełniona żadna z pozostałych przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp.

Wobec złożenia oświadczenia przez Zamawiającego o uwzględnieniu zarzutów w całości, postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 3 Pzp. Zgodnie z art. 522 ust. 1 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. Taka sytuacja zaistniała w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym. Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty odwołania, natomiast po jego stronie nie przystąpił do postępowania odwoławczego żaden wykonawca, co wyczerpuje dyspozycję art. 568 pkt 3 Pzp i obliguje Izbę do umorzenia postępowania odwoławczego.

W tym stanie rzeczy niniejsze postanowienie jest uzasadnione.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie § 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. 2020 r. poz. 2437), z którego wynika, że w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości koszty, o których mowa w § 5 pkt 2 ww. rozporządzenia, znosi się wzajemnie, jeżeli przed otwarciem rozprawy zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca. W takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonych tytułem wpisu.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca: