Sygn. akt KIO 1690/20

POSTANOWIENIE

z dnia 29 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego 29 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego 20 lipca 2020 r.

do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. Budowa zintegrowanego węzła transportowego grunwaldzka w miejscu przejazdu przez linię kolejową e20

prowadzonym przez zamawiającego: Miasto Poznań, w którego imieniu i na którego rzecz działają Poznańskie Inwestycje Miejskie sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu

przy udziale wykonawcy: TORPOL S.A. z siedzibą w Poznaniu - zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego:

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.

2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz

Budimexu S.A. z siedzibą w Warszawie kwoty 20000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia

tysięcy złotych zero groszy) - uiszczonej przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie

7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Poznaniu.

Miasto Poznań, w którego imieniu i na którego rzecz działają Poznańskie Inwestycje Miejskie sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie

ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. Budowa

zintegrowanego węzła transportowego grunwaldzka w miejscu przejazdu przez linię kolejową e20. Ogłoszenie o tym zamówieniu 9 lipca 2020 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2020/S_131 pod poz. 320440. Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

20 lipca 2020 r. Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie {dalej: „Odwołujący”} wniósł w formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej: „SIWZ”} w zakresie opisu przedmiotu zamówienia i warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 22 ust. 1a oraz art. 22d ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt. 5 w zw. z art. 7 ust. 1 -

przez określenie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w sposób nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz

wykraczający poza cel, jaki przyświeca warunkom udziału w postępowaniu, jakim jest

weryfikacja zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a także

utrudniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, a także przez sformułowanie warunku udziału w postępowaniu w sposób niejasny, co powoduje brak

możliwości weryfikacji zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Zamawiający naruszył wskazane powyżej przepisy przez sformułowanie pkt 9.2.3.1. i 9.2.3.2 SIWZ (i odpowiednio także ogłoszenia o zamówieniu):

Zamawiający uzna ww. warunek za spełniony, Jeżeli Wykonawca i ostatnich pięciu lat

przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli działalności jest krótszy - w tym okresie), wykonał należycie co najmniej:

• co najmniej 2 wielobranżowe projekty budowlane i wykonawcze lub projekty budowlano- wykonawcze dotyczące budowy nowej ulicy lub rozbudowy lub przebudowy istniejącej ulicy o nawierzchni jezdni z mieszanki mineralno-asfaltowej w zakresie branży drogowej, sanitarnej, elektrycznej, teletechnicznej oraz zagospodarowania terenu wraz z zielenią, gdzie długość zaprojektowanej ulicy jest nie krótsza niż 300 m (każdy projekt); • co najmniej 2 projekty budowlane i wykonawcze lub projekty budowlano-wykonawcze dotyczące zadania obejmującego budowę lub przebudowę wiaduktu kolejowego o rozpiętości przęseł minimum 25 m (każdy wiadukt);

• co najmniej 2 projekty budowlane i wykonawcze lub projekty budowlano-wykonawcze w zakresie likwidacji przejazdu drogowo-kolejowego na czynnej linii kolejowej z aktywnym systemem sterowania ruchem kolejowym;

• co najmniej 2 dwie roboty budowlane drogowe w zakresie budowy nowej ulicy lub rozbudowy lub przebudowy istniejącej ulicy o nawierzchni jezdni z mieszanki mineralno-asfaltowej wraz z infrastrukturą: odwodnieniem, oświetleniem, przebudową kolizji, gdzie długość wykonanej ulicy jest nie mniejsza niż 300 m;

• co najmniej 2 dwie roboty budowlane w zakresie budowy lub przebudowy wiaduktu o rozpiętości przęseł minimum 25 m (każdy wiadukt);

Zamawiający uzna ww. warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że dysponuje lub będzie dysponował:

- Projektantem robót drogowych - osoba posiadająca uprawnienia budowlane w specjalności inżynieryjnej drogowej bez ograniczeń zgodne z ustawą Prawo budowlane; posiadająca co najmniej 48-miesięczny staż projektowy oraz doświadczenie w wykonaniu co najmniej 3 projektów branży drogowej, w tym minimum 2 projektów budowlanych i wykonawczych lub projektów budowlano-wykonawczych dot. budowy nowej ulicy lub rozbudowy lub przebudowy istniejącej ulicy o nawierzchni jezdni z mieszanki mineralno-asfaltowej wraz z infrastrukturą: odwodnieniem, oświetleniem, przebudową kolizji - gdzie długość zaprojektowanej ulicy jest nie krótsza niż 300 m;

- Projektantem robót mostowych - osoba posiadająca uprawnienia budowlane w specjalności inżynieryjnej mostowej bez ograniczeń zgodne z ustawą Prawo budowlane; posiadająca co najmniej 48-miesięczny staż projektowy oraz doświadczenie w wykonaniu co najmniej 3 projektów branży mostowej, w tym minimum 2 projektów budowlanych i wykonawczych lub projektów budowlano-wykonawczych dot. budowy lub przebudowy wiaduktu kolejowego o rozpiętości przęseł minimum 25 m (każdy wiadukt);

2. Art. 29 ust. 1 i ust. 2 oraz art 31 ust. 2, a także § 19 pkt 4 lit. b rozporządzenia Ministra

Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy

dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 1129 ze zm.) {dalej jako „rozporządzenie") w zw. z art. 14 i art. 140 pzp i z art. 58 § 1 kodeksu cywilnego - poprzez opis przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, w szczególności poprzez przerzucenie na wykonawców obowiązku przygotowania dokumentacji geologicznej dopiero na etapie realizacji zadania, pomimo sporządzenia i niezałączenia do dokumentacji przetargowej opinii geotechnicznej wykonanej dla przedmiotowej inwestycji przez Firmę Geologiczna F. & G. sp. z o.o., o której mowa w części opisowej projektu architektoniczno-budowlanego w zakresie branży mostowej (załącznik nr 1, strona 5,14 oraz 24), co w konsekwencji prowadzi do obejścia ww. przepisów. Tym samym Zamawiający naruszył zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, gdyż niejednoznaczność i brak wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia de facto uniemożliwia złożenie przez Wykonawców porównywalnych ofert.

3. Art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 31 w zw. z art. 55-56 w zw. z art. 57 ust.

3 ustawy Prawo budowlane oraz art. 35 § 3 Kodeksu postępowania administracyjnego - przez określenie w § 3 ust. 1 pkt 4) projektu umowy na niniejsze zdanie zbyt krótkiego, w stosunku chociażby jedynie do wymogów Prawa budowlanego, jedynie 30-dniowego okresu realizacji tego etapu zamówienia, polegającego na uzyskaniu decyzji - pozwolenia na użytkowanie, od dnia zakończenia Etapu III tj. wykonania robót budowlanych i prac powiązanych, co może spowodować, że tylko bardzo nieliczna grupa wykonawców, będzie skłonna złożyć ofertę, co w sposób zasadniczy może doprowadzić do złocenia wygórowanej cenowo oferty i tym samym doprowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz racjonalnego i efektywnego wydatkowania środków publicznych.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Dokonania zmiany brzmienia pkt 9.2.3.1. na następujące: Zamawiający uzna ww.

warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalność jest krótszy - w tym okresie), wykonał należycie co najmniej:

• co najmniej 2 wielobranżowe projekty budowlane i wykonawcze lub projekty budowlano-wykonawcze dotyczące budowy nowej ulicy/drogi lub rozbudowy lub przebudowy istniejącej ulicy/drogi o nawierzchni jezdni z mieszanki mineralno-asfaltowej w zakresie branży drogowej, sanitarnej, elektrycznej, teletechnicznej oraz zagospodarowania terenu wraz z zielenią - gdzie długość zaprojektowanej ulicy/drogi jest nie krótsza niż 300 m (każdy projekt);

• co najmniej 2 projekty budowlane i wykonawcze lub projekty budowlano-wykonawcze dotyczące zadania obejmującego budowę lub przebudowę wiaduktu o rozpiętość przęseł minimum 25 m (każdy wiadukt); • co najmniej 2 dwie roboty budowlane drogowe w zakresie budowy nowej ulicy/drogi lub rozbudowy lub przebudowy istniejącej drogi/ulicy o nawierzchni mineralno-asfaltowej wraz z infrastrukturą: odwodnieniem, oświetleniem, przebudową kolizji, gdzie długość wykonanej ulicy/drogi jest nie mniejsza niż 300 m;

• co najmniej 2 dwie roboty budowlane w zakresie budowy lub przebudowy wiaduktu o rozpiętości przęseł minimum 25 m (każdy wiadukt).

2. Dokonania zmiany brzmienia pkt 9.2.3.2. na następujące: Zamawiający uzna ww.

warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że dysponuje lub będzie dysponował:

• Projektantem robót drogowych - osoba posiadająca uprawnienia budowlane w specjalności inżynieryjnej drogowej bez ograniczeń zgodne z ustawą Prawo budowlanej posiadająca co najmniej 48-miesięczny staż projektowy oraz doświadczenie w wykonaniu co najmniej 3 projektów branży drogowej, w tym minimum 2 projektów budowlanych i Wykonawczych lub projektów budowlano- wykonawczych dot. budowy nowej ulicy/drogi lub rozbudowy lub przebudowy istniejącej ulicy/drogi o nawierzchni jezdni z mieszanki mineralno-asfaltowej wraz z infrastrukturą: odwodnieniem, oświetleniem, przebudową kolizji - gdzie długość zaprojektowanej ulicy jest nie krótsza niż 300 m;

• Projektantem robót mostowych - osoba posiadająca uprawnienia budowlane w specjalności inżynieryjnej mostowej bez ograniczeń zgodne z ustawą Prawo

budowlane; posiadająca co najmniej 48-miesięczny staż projektowy oraz doświadczenie w wykonaniu co najmniej 3 projektów branży mostowej, w tym minimum 2 projektów budowlanych i wykonawczych lub projektów budowlano-wykonawczych dot. budowy lub przebudowy wiaduktu o rozpiętości przęseł minimum 25 m (każdy wiadukt).

3. Przekazania wykonawcom ww. dokumentacji geologicznej terenu budowy (m.in. opinia geotechnicznej wykonana dla przedmiotowej inwestycji przez Firmę Geologiczną F. & G." sp. z o.o.) przeznaczonego pod budowę przedmiotowej inwestycji, celem umożliwienia wykonawcom ujęcia kosztów ryzyk z niej wynikających w cenie ich ofert, aby tym samym zapewnić ich porównywalność.

4. Dokonania zmiany treści SIWZ polegającej na jednoznacznym sformułowaniu obowiązków w zakresie wyceny wszelkich ryzyk wynikających z dokumentacji geologicznej, aby tym samym zapewnić porównywalność ofert wykonawców.

5. Dokonania odpowiednich zmian postanowień SIWZ, uwzględniających ww. zmiany.

6. Wydłużenia terminu wykonania Etapu IV - „Uzyskanie Pozwolenia na użytkowanie", o którym mowa w § 3 ust. 1 pkt 4) projektu umowy na niniejsze zadanie z 30 do minimum 60 dni kalendarzowych od dnia zakończenia Etapu III i dokonania odpowiednich zmian postanowień SIWZ, w tym projektu umowy, uwzględniających ww. zmianę.

27 lipca 2020 r. wpłynęła do Izby odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający zawiadomił, że uwzględnia w całości odwołanie, a także poinformował o zmianach, które wprowadzi do SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Skuteczne skorzystanie przez którąkolwiek ze stron postępowania odwoławczego z przysługującej jej tzw. czynności dyspozytywnej (czyli uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego lub cofnięcia odwołania przez odwołującego, względnie uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów i cofnięcia pozostałych zarzutów przez odwołującego) powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania.

Zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego 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.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w sposób niebudzący wątpliwości wyraził wolę uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Jednocześnie żaden wykonawca nie zgłosił skutecznie przystąpienia do postępowania odwoławczego po jego stronie.

Izba zważyła, że dla wywarcia skutku w postaci umorzenia postępowania odwoławczego w tej sprawie konieczne i wystarczające jest uwzględnienie przez Zamawiającego w całości zarzutów zawartych w odwołaniu. Natomiast dalsze czynności, które Zamawiający faktycznie już podjął lub podejmie w celu uczynienia zadość żądaniom odwołania, pozostają poza oceną Izby w ramach ustalenia zaistnienia przesłanki umorzenia postępowania odwoławczego. Tym niemniej przypomnieć należy, że art. 186 ust. 2 zd. drugie ustawy pzp nakazuje w takim przypadku Zamawiającemu w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia wykonać, powtórzyć lub unieważnić czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Stąd Izba - działając na podstawie art. 186 ust. 2 w zw. z art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy pzp - umorzyła postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym z udziałem Stron tego postępowania.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, że ponieważ uwzględnienie w całości zarzutów odwołania nastąpiło przed otwarciem posiedzenia, z mocy art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując

dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).