

POSTANOWIENIE

z dnia 14 kwietnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 14 kwietnia 2022 r.

w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu

6 kwietnia 2022 r. przez wykonawcę Firma Budowlana Ekoinbud spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w Gdańsku w postępowaniu prowadzonym

przez zamawiającego - Gminę Nadarzyn

przy udziale wykonawcy B. G., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo-Budowlany „ELLA” B. G. w Sochaczewie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. odrzucić odwołanie,
2. kosztami postępowania obciążyć wykonawcę Firma Budowlana Ekoinbud spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w Gdańsku i zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo

zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 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:

11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest zaprojektowanie i budowa budynku przedszkola w m. Wolica przy ul. Złotego Kłosa, działka nr ew. 513, 514, gmina Nadarzyn, realizowanego w ramach Rządowego Funduszu Polski Ład (numer referencyjny: ZPiFZ.271.6.2022).

W tymże postępowaniu, w dniu 6 kwietnia 2022 r., wykonawca - Firma Budowlana Ekoinbud spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w Gdańsku (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie „od czynności Zamawiającego Gminy Nadarzyn w Nadarzynie polegającej na: Wyborze oferty B. G. (...), w sytuacji gdy postępowanie w niniejszej sprawie winno zostać unieważnione ze względu na naruszenie art. 134 ust. 1 pkt. 4 ustawy prawo zamówień publicznych w zw. z art. 99 ustawy oraz art. 255 pkt. 6 ustawy prawo zamówień publicznych”.

W konsekwencji tak postawionego zarzutu Odwołujący wnosił o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia,
2. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego,
3. dopuszczenie dowodu z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania o udzielenie zamówienia, „w szczególności warunków SWS, na okoliczności naruszenia przepisów ustawy prawo zamówień publicznych polegającego nie właściwym, niezgodnym z przepisami ustawy opisie przedmiotu zamówienia”,
4. dopuszczenie dowodu z zeznań świadka Ł. G. na okoliczność naruszenia przez Zamawiającego zasady konkurencyjności w związku z błędnie przygotowanym SWS, braku możliwości złożenia przez Spółkę oferty spełniającej warunki udziału w postępowaniu i dającej możliwość realizacji przedmiotu robót zgodnie z założeniami wynikającymi z PFU w dopuszczalnej przez Zamawiającego technologii tradycyjnej udoskonalonej,
5. dopuszczenie dowodu z przesłuchania stron, za skarżącą - Prezesa Zarządu komplementariusza Spółki T. B. na okoliczności jak wyżej, w pkt. 4.

Tak sformułowane zarzuty i żądania odwołania Odwołujący uzasadnił w następujący sposób:
„Opisując przedmiot zamówienia Zamawiający wskazał, że zakresem planowanej do realizacji inwestycji jest:

- 1) opracowanie kompleksowej dokumentacji projektowo-kosztorysowej: budowy budynku przedszkola wraz z zagospodarowaniem terenu, zlokalizowanego przy ul. Złotego Kłosa w Wolicy, dz. nr 513, 514. Zamawiający dopuszcza realizację obiektu w technologii: szkieletowej drewnianej, prefabrykowanej, tradycyjnej udoskonalonej;
- 2) wykonanie robót budowlanych wraz z dostawą wyposażenia kuchni i urządzeń na place zabaw. Plac zabaw musi spełniać wymagania norm PN-EN 1176 oraz PN-EN 1177.

Analizując warunki udziału w postępowaniu oraz oczekiwany do wykonania przez Zamawiającego zakres prac należy odnieść się do przygotowanego przez Zamawiającego Programu Funkcjonalno - Użytkowego, gdyż zgodnie z warunkami SWZ, szczegółowy zakres zamówienia określa:

- a) Program funkcjonalno-użytkowy,
- b) Dokumentacja warunków gruntowych,
- c) Dokumentacja warunków technicznych od gestorów sieci.

Zgodnie z warunkami Programu Funkcjonalno - Użytkowego ogólny opis przedmiotu zamówienia wskazuje, że przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i budowa budynku 6 oddziałowego przedszkola dla 150 dzieci. Zamówienie obejmuje opracowanie kompleksowej dokumentacji projektowej, uzyskanie kompletu uzgodnień oraz warunków technicznych, uzyskanie pozwolenia na budowę, wykonanie budynku wraz z uzbrojeniem i zagospodarowaniem terenu i uzyskanie pozwolenia na użytkowanie.

Inwestycję zaplanowano w Wolicy, na działce nr 513 i 514, obręb 0019, o powierzchni ok. 11 573 m². Działki bezpośrednio sąsiadujące z inwestycją: od północy - działka nr 512, niezabudowana; od wschodu - działka nr 844/3, 844/6 - z zabudową mieszkaniową jednorodzinną, za rowem melioracyjnym. Od strony południowej działka nr 515,

niezagospodarowana, za nią dalej zabudowa mieszkaniowa jednorodzinna.

Ponadto ustalając charakterystyczne parametry określające wielkość obiektu lub zakres robót budowlanych Zamawiający w PFU wskazał wyraźnie, że należy zaprojektować i wybudować budynek przedszkola w szczegółowo opisanej technologii prefabrykowanego szkieletu drewnianego, zapewniający wysoką energooszczędność obiektu oraz walory ekologiczne. Budynek przewidziany jest dla ok. 150 dzieci - na który składać się będzie 6 oddziałów przedszkola po 25 dzieci. Moduł oddziałowy złożony jest z jednej sali zajęć oraz szatni, łazienki i pomieszczenia pomocniczego dla nauczyciela.

Przytoczone powyżej założenia Programu Funkcjonalno - Użytkowego pozostają w sprzeczności z opisem zawartym w SWZ, w którym Zamawiający dopuszcza realizację obiektu w technologii: szkieletowej drewnianej, prefabrykowanej, tradycyjnej udoskonalonej.

W żadnym dokumencie będącym podstawą prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiający nie wskazuje, nie precyzuje ani nie narzuca wymagań szczegółowych, czym charakteryzuje się technologia tradycyjna udoskonalona, jakie ma spełnić wymogi wykonawcy chcący zrealizować obiekt będący przedmiotem zamówienia z jej wykorzystaniem.

Zamawiający w dokumentacji przetargowej nie wyjaśnił czym jest technologia tradycyjna udoskonalona oraz w jaki sposób może być wykorzystana przy realizacji przedmiotu zamówienia.

Przygotowany przez Zamawiającego PFU przewiduje możliwość realizacji przedmiotu umowy z zastosowaniem jednej tylko technologii - prefabrykowanego szkieletu drewnianego, zapewniający wysoką energooszczędność obiektu, co powoduje że realizację przedmiotu robót w innej, niedookreślonej przez Zamawiającego technologii nie jest możliwa.

W efekcie, zdaniem skarżącego Zamawiający wprowadził w błąd potencjalnych wykonawców, którzy chcieliby złożyć oferty w toku postępowania z zastosowaniem innej, niż wskazana w PFU technologii, ale zostali faktycznie tej możliwości pozbawieni ze względu na brak szczegółowego opisu i cech przedmiotu umowy realizowanego z jej wykorzystaniem.

Ponadto wprowadzając w/w możliwości złożenia przez Wykonawcę wykonania obiektu w technologii tradycyjnej udoskonalonej bez wskazania cech charakterystycznych i wymogów dla tej technologii. Zamawiający pozbawił siebie i innych wykonawców jakiegokolwiek możliwości weryfikacji spełnienia przez podmiot składający ofertę w takim wariancie warunku zastosowania wybranej technologii.”.

Następnie w uzasadnieniu odwołania Odwołujący przywoływał przepisy prawa, a także poglądy doktryny oraz orzecznictwo dotyczące przesłanki unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ze względu na wady SWZ.

Wykonawca B. G., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo-Budowlany „ELLA” B. G. w Sochaczewie (dalej: Przystępujący), zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

II. Izba na podstawie dokumentacji postępowania odwoławczego, w tym dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej przez Zamawiającego, ustaliła, co następuje:

1. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówieni Publicznych w dniu 3 marca 2022 r. pod nr 2-22/BZP 007443/01.
2. W samym dniu Zamawiający opublikował na stronie internetowej Specyfikację Warunków Zamówienia (dalej: SWZ).
3. W postępowaniu zostały złożone cztery oferty. W dniu 1 kwietnia 2022 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej. Za ofertę najkorzystniejszą Zamawiający

uznał ofertę złożoną przez Przystępującego. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert.

4. W dniu 6 kwietnia 2022 r. Odwołujący złożył odwołanie, w którym zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 134 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 99 oraz art. 255 pkt. 6 Prawa zamówień publicznych. Odwołujący przy tym wskazywał, że w odwołaniu skarży czynność

Zamawiającego polegającą na wyborze oferty najkorzystniejszej, w sytuacji, kiedy postępowanie powinno zostać unieważnione ze względu na wadliwość SWZ.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 w zw. z art. 515 ust. 2 pkt 2 Prawa zamówień publicznych jako wniesione po terminie.

Odwołujący skarżył naruszenie art. 134 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych (zgodnie z którym SWZ zawiera opis przedmiotu zamówienia) w zw. z art. 99 Prawa zamówień publicznych (opis przedmiotu zamówienia powinien być jednoznaczny i wyczerpujący) oraz art. 255 pkt. 6 Prawa zamówień publicznych (postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego).

Tak sformułowane zarzuty naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych w żaden sposób nie odnoszą się do wyboru oferty najkorzystniejszej, który nastąpił w dniu 1 kwietnia 2022 r., a wyłącznie referują do postanowień SWZ, opublikowanej w dniu 3 marca 2022 r.

Zgodnie z art. 515 ust. 2 pkt 2 Prawa zamówień publicznych odwołanie wobec treści dokumentów zamówienia (a więc również SWZ) wnosi się w terminie pięciu dni od dnia zamieszczenia dokumentów na stronie internetowej. W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia termin na kwestionowanie postanowień SWZ - opisu przedmiotu zamówienia - minął w dniu 8 marca 2022 r. Dlatego na podstawie art. 528 pkt 3 Prawa zamówień publicznych Krajowa Izba Odwoławcza musiała odrzucić odwołanie, jako wniesione po upływie terminu.

Uzasadnienie odwołania odnosiło się wyłącznie do postanowień SWZ. Odwołujący wskazywał, że założenia Programu Funkcjonalno-Użytkowego pozostają w sprzeczności z opisem zawartym w SWZ, w którym Zamawiający dopuszcza realizację obiektu w technologii szkieletowej drewnianej, prefabrykowanej, tradycyjnej udoskonalonej, przy czym Zamawiający nie sprecyzował wymagań opisujących taką technologię (tradycyjną udoskonaloną). Ponadto Zamawiający dopuszcza wykonanie przedmiotu zamówienia tylko w jednej technologii (prefabrykowanego szkieletu drewnianego), a więc realizacja zamówienia w innej technologii nie jest możliwa. Odwołujący twierdził, że taki opis przedmiotu zamówienia wprowadza potencjalnych wykonawców w błąd, ponieważ uniemożliwia złożenie oferty, zakładającej realizację zamówienia w innej technologii, niż przewiduje Zamawiający.

Taka treść uzasadnienia odwołania w ocenie składu orzekającego jednoznacznie wskazuje, że przedmiotem odwołania są postanowienia SWZ, które - zdaniem Odwołującego - uniemożliwiają mu złożenie oferty w postępowaniu. W żaden sposób zarzuty odwołania nie nawiązują do czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołujący nie argumentował, że niejasności SWZ zostały ujawnione dopiero po złożeniu ofert; przeciwnie, z samego uzasadnienia odwołania wynika, że okoliczności, będące przedmiotem odwołania, tkwiły w postanowieniach SWZ od samego początku. Jak trafnie zauważał Przystępujący w zgłoszeniu przystąpienia, nie zostały złożone żadne zapytania do SWZ, wskazujące na wadliwość przedmiotu zamówienia. Przeciwnie, Izba ustaliła, że w dniu 16 marca 2022 r. w odpowiedzi na pytanie jednego z wykonawców, „Czy zamawiający dopuszcza zaprojektowanie i wykonanie budynku w technologii innej niż z prefabrykowanego szkieletu drewnianego? Np. tradycyjną murowaną?” Zamawiający udzielił odpowiedzi twierdzącej, i wskazał, że „zgodnie z rozdziałem III ust. 2 pkt 1 SWZ - Zamawiający dopuszcza realizację obiektu w technologii: szkieletowej drewnianej, prefabrykowanej, tradycyjnej udoskonalonej”. Żaden z wykonawców nie składał dalszych pytań do treści SWZ, w zakresie objętym zarzutami odwołania, zatem można przyjąć, że wykonawcy nie mieli w tym zakresie wątpliwości.

Mimo zatem wskazania wprost w odwołaniu, że jest ono wnoszone w związku z wyborem oferty, to ani zarzuty odwołania, ani ich uzasadnienie prawne i faktyczne nie odnoszą się do tego wyboru. W takim kontekście powołanie się w odwołaniu na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 1 kwietnia 2022 r. zmierza zdaniem Izby do przywrócenia terminu na kwestionowanie postanowień SWZ, co jest niedopuszczalne. W okolicznościach przedmiotowego postępowania (Odwołujący złożył ofertę, która została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert) może się wydawać, że Odwołujący dopiero po przegraniu walki konkurencyjnej (w postępowaniu zostały złożone cztery oferty) zdecydował się na kwestionowanie prawidłowości postępowania, co jednak w przedmiotowym stanie faktycznym jest spóźnione.

W konsekwencji Izba postanowiła, jak w sentencji, odrzucając odwołanie. Tym samym Izba nie odnosiła się merytorycznie do zarzutów odwołania.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557 oraz art. 575 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 1 w zw. z § 5 pkt 1 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 31.12.2020, poz. 2437); w przypadku odrzucenia odwołania Odwołującego obciąża się całością wniesionego wpisu, zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania.

Postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym na podstawie art. 529 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

Przewodniczący:.....