Sygn. akt: KIO 1321/22

POSTANOWIENIE
z dnia 3 czerwca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa- Ogorzałek

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 3 czerwca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu

16 maja 2022 r. przez wykonawcę - Polimex Infrastruktura sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez miasto stołeczne Warszawa - Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta

przy udziale:

A. Wykonawcy BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego;

B. Wykonawcy Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego;

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze,

2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Polimex Infrastruktura sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 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 :

UZASADNIENIE

Zamawiający - miasto stołeczne Warszawa - Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Realizacja robót budowlanych w ramach zadania inwestycyjnego pn.: „Modernizacja wiaduktów drogowych nad ul. Paryską w Warszawie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 maja 2022r., pod numerem 2022/S 086-231590.

Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września

2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021r., poz. 1129), zwanej dalej: „Pzp".

W dniu 16 maja 2022 r. wykonawca Polimex Infrastruktura sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 99 ust. 1 i ust. 4 Pzp, art. 16 ust. 1 i ust. 2 Pzp polegające na opisaniu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący i nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, jak również zaniechanie obowiązku opisania przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, a w konsekwencji w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, naruszając zasadę równego traktowania wykonawców poprzez:

a. niedostateczne określenie zobowiązań wykonawcy opisanych w pkt 15.4.25. Załącznika nr 1 do Projektu Umowy, tj. zobowiązań związanych z opracowaniem projektów czasowej organizacji ruchu oraz wykonaniem innych świadczeń związanych z organizacją, wdrożeniem i utrzymywaniem czasowej organizacji ruchu w czasie wykonywania Zamówienia;

b. nieudostępnienie na etapie postępowania przetargowego posiadanych przez Zamawiającego materiałów związanych z czasową organizacją ruchu („pomocnych do przygotowania projektów");

c. niemające żadnego uzasadnienia uprzywilejowanie jednego z wykonawców, tj. wykonawcy wyłonionego w postępowaniu pn. „Rozbudowa wiaduktów w ciągu Trasy Łazienkowskiej przy Agrykoli wraz z zagospodarowaniem terenów, w tym: etap I - rozbudowa wiaduktów, w Warszawie" (nr. ref. ZP/ ZP/5/PN/4/20), który to wykonawca posiada informacje dot. czasowej organizacji ruchu, których nie posiadają inni wykonawcy w postępowaniu, jak również zobowiązany będzie do koordynacji projektów czasowej organizacji ruchu z samym sobą - wobec nieokreślenia przez Zamawiającego warunków prowadzenia tej koordynacji, tylko ten wykonawca w dacie składania oferty w niniejszym

postępowaniu może antycypować warunki koordynacji, będzie je bowiem sam określał;

2. art. 99 ust. 1 i ust. 4 Pzp, art. 16 ust. 1 i ust. 2 Pzp w zw. z art. 103 ust. 1 w zw. z § 6 ust. 1 i 2 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego z 02.09.2004 r. (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 1129 ze zm.) (dalej: „Rozporządzenie") polegające na nieuwzględnieniu przez Zamawiającego w przedmiarach oraz kosztorysach ofertowych świadczeń związanych z opracowaniem projektu czasowej organizacji ruchu, jak również świadczeń związanych organizacją, wdrożeniem i utrzymywaniem czasowej organizacji ruchu w czasie wykonywania Zamówienia, co w konsekwencji uniemożliwia złożenie przez potencjalnych wykonawców porównywalnych ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego;

3. art. 433 pkt 3 Pzp i art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 647 KC i art. 651 KC polegające na opisaniu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący i nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty oraz obciążeniu wykonawcy odpowiedzialnością za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający poprzez zobowiązanie wykonawcy w: (i) § 1 ust. 5 Projektu Umowy do złożenia oświadczenia: „[...] że zapoznał się z treścią wskazanych w ust. 3 - 4 dokumentów, ze stanem obiektów budowlanych położonych w obszarze oddziaływania powierzonych mu robót i z warunkami realizacji robót oraz zapewnia, że wszystkie wątpliwości związane z powyższymi warunkami realizacji Przedmiotu Umowy wyjaśnił przed jej zawarciem i uwzględnił w Cenie Oferty" oraz w (ii) pkt 3.7. Załącznika nr 1 do Projektu Umowy, do złożenia oświadczenia, że wykonawca „oparł Cenę Oferty [...] upewnieniu się, co do wszystkich istotnych spraw, dotyczących Terenu Budowy';

4. art. 433 pkt 3 Pzp i art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 647 KC i art. 651 KC polegające na obciążeniu wykonawcy odpowiedzialnością za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający, poprzez zobowiązanie wykonawcy zgodnie z pkt 8.2.9. Załącznika nr 1 do Projektu Umowy do uzyskania decyzji o zmianie pozwolenia na budowę w każdym wypadku, kiedy konieczność taka powstanie w związku z wprowadzeniem robót zamiennych - tj. również w sytuacji, kiedy konieczność wykonania takich robót powstanie z uwagi na wady dokumentacji projektowej lub z innych przyczyn, które nie leżą po stronie wykonawcy;

5. art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 647 KC, art. 577 ust. 1 KC, art. 353(1) KC w zw.

z art. 8 ust. 1 Pzp polegające na opisaniu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący i nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, z jednoczesnym przekroczeniem granic swobody kształtowania przyszłego stosunku zobowiązaniowego, poprzez obciążenie wykonawcy nieokreślonym ryzykiem związanym z obowiązkiem ustalenia z podmiotami trzecimi warunków utrzymania udzielonych przez te podmioty gwarancji jakości lub przejęcia zobowiązań tych pomiotów wynikających z udzielonej Zamawiającemu gwarancji jakości, w sytuacji kiedy wykonawcy nie jest znana jakość wykonanych przez tych wykonawców robót, jak również nie są mu znane warunki (treść zobowiązań) udzielonej Zamawiającemu gwarancji jakości;

W oparciu o tak sformułowane zarzuty Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości;

2. nakazanie Zamawiającemu dokonania w Postępowaniu:

a. zmiany pkt 15.4.25. Załącznika nr 1 do Projektu Umowy poprzez nadanie mu następującej treści:

„Opracowania projektu czasowej organizacji ruchu na czas budowy wraz z jej zatwierdzeniem przez Biuro Zarządzania Ruchem Drogowym m.st. Warszawy zgodnie z wymaganiami wskazanymi w piśmie znak ZR-OR.7221.4.18.2022.TWA z dnia 16.02.2022 r. oraz zgodnie z materiałami, udostępnionymi wraz dokumentacją przetargową. Skoordynowanie projektu czasowej organizacji ruchu z projektem organizacji ruchu na czas rozbiórki wiaduktów Trasy Łazienkowskiej nad Agrykolą należy rozumieć jako zobowiązanie wykonawcy do uwzględnienia w projekcie czasowej organizacji ruchu rozwiązań zastosowanych w projekcie organizacji ruchu na czas rozbiórki wiaduktów Trasy Łazienkowskiej nad Agrykolą stanowiącym załącznik do SWZ. Na podstawie tego projektu wdrożenie i utrzymanie czasowej organizacji ruchu na czas realizacji robót. Czasowa organizacja ruchu powinna w szczególności zapewniać mieszkańcom/użytkownikom i służbom miejskim dojazd do posesji przyległych do terenu budowy lub posesji do których dojazd jest możliwy wyłącznie z dróg objętych czasową organizacją ruchu."

b. zmiany treści SWZ polegającej na dołączeniu do SWZ wszystkich materiałów związanych z czasową organizacją ruchu, według których wykonawca ma wykonać zobowiązania w zakresie opracowania projektu czasowej organizacji ruchu oraz późniejszej organizacji, wdrożenia i utrzymywania czasowej organizacji ruchu, a w szczególności na dołączeniu do SWZ projektu czasowej organizacji ruchu z projektem organizacji ruchu na czas rozbiórki wiaduktów Trasy Łazienkowskiej nad Agrykolą;

c. zmiany treści SWZ - poprzez opisanie i wskazanie w SWZ w sposób jednoznaczny i wyczerpujący wymagań Zamawiającego dotyczących projektów czasowej organizacji ruchu, a szczególności wymagań dot. miejsca, czasu oraz techniki wykonania analiz ruchu mających stanowić podstawę do sporządzenia projektu czasowej organizacji ruchu oraz wymagań Zamawiającego związanych z wykonaniem świadczeń związanych z organizacją, wdrożeniem i utrzymywaniem czasowej organizacji ruchu w czasie wykonywania Zamówienia;

d. zmiany treści SWZ - ust. 3 rozdziału XV SWZ poprzez nadanie mu następującej treści:

„Wyliczone w kosztorysach złożonych wraz z ofertą ogólne wartości netto za wykonanie poszczególnych elementów robót Wykonawca winien zsumować, a otrzymane wartości wpisać do Formularza Cenowego, którego wzór stanowi Załącznik Nr 1A do Formularza OFERTA. Otrzymaną w Formularzu Cenowym kwotę wykonawca winien przenieść do Formularza Oferty”

e. zmiany treści SWZ - poprzez dołączenie do SWZ kosztorysu ofertowego zawierającego pozycje odpowiadające świadczeniom wykonawcy związanym w czasową organizacją ruchu zgodnie z wzorem stanowiącym Załącznik nr 7 do niniejszego odwołania, jak również poprzez dodanie przedmiaru zawierającego ww. świadczenia;

f. zmiany § 1 ust. 5 Projektu Umowy poprzez jego wykreślenie (usunięcie), ewentualnie w razie nieuwzględnienia wniosku Odwołującego w tym zakresie, nakazanie Zamawiającemu zmiany § 1 ust. 5 Projektu Umowy poprzez nadanie mu treści:

„Wykonawca oświadcza, że zapoznał się z treścią wskazanych w ust. 3 - 4 dokumentów oraz uwarunkowaniami realizacji przedmiotu umowy określonymi w dokumentacji projektowej przekazanej przez Zamawiającego";

g. zmiany pkt 3.7 Załącznika nr 1 do Projektu Umowy poprzez nadanie mu

następującej treści”

„Wystarczalność Ceny Oferty Będzie się uważało, że Wykonawca:

(a) uznał Cenę Oferty za poprawnie określoną,

(b) oparł Cenę Oferty na danych, interpretacjach oraz informacjach przekazanych przez Zamawiającego na etapie postępowania udzielenie zamówienia publicznego."

h. pkt 8.2.9. Załącznika nr 1 do Projektu Umowy poprzez jego wykreślenie;

i. zmiany SWZ, poprzez usunięcie z dokumentów Postepowania Porozumienia nr 1/2020 z dnia 20 maja 2020 r., ewentualnie w razie nieuwzględnienia wniosku Odwołującego w tym zakresie, nakazanie Zamawiającemu zmiany SWZ, poprzez wskazanie, że postanowienia § 3 ust. 3-5 Porozumienia nr 1/2020 z dnia 20 maja 2020 r. zamieszczonego przez Zamawiającego w dokumentach Postępowania nie stanowią źródła zobowiązań wykonawcy.

Izba ustaliła, że w terminie określonym w art. 525 ust. 1 Pzp do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przystąpienie zgłosił wykonawca BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie oraz WARBUD S.A. z siedzibą w Warszawie.

W dniu 1 czerwca 2022 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględnia w całości żądania odwołania zawarte pod literą a), b) c), f) i g), natomiast w części żądania opisane pod literą d) i h).

W dniu 2 czerwca 2022r. Zamawiający uzupełnił złożoną w dniu 1 czerwca 2022r. odpowiedź na odwołanie precyzując, że uwzględnia w całości zarzuty opisane w punkcie 1 lit. a) b) i c, punkcie 3 oraz punkcie 5 oraz częściowo w punkcie 4 odwołania.

Odwołujący w piśmie z dnia 2 czerwca 2022r. oświadczył, że cofa pozostałe (nieuwzględnione przez Zamawiającego) zarzuty odwołania i wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 522 ust. 3 Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia zgodnie z art. 568 pkt 3 tejże ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b) 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 dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący : .....