Sygn. akt: KIO 2836/24

POSTANOWIENIE

z dnia 3 września 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału Stron w dniu 3 września 2024 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 sierpnia 2024 roku przez Odwołującego P. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PRZEDSIĘBIORSTWO USŁUGOWE ROBOTY ZIEMNE P. K. w Wałbrzychu w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Skarb Państwa -Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie Oddział we Wrocławiu

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze,

2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Odwołującego P. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PRZEDSIĘBIORSTWO USŁUGOWE ROBOTY ZIEMNE P. K. w Wałbrzychu kwoty 13 500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90 % kwoty uiszczonego wpisu.

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.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2836/24

Uzasadnienie

Zamawiający - Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, Warszawa Oddział we Wrocławiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zimowe utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu Rejon w Kłodzku w sezonach zimowych 2024/2025, 2025/2026 i 2026/2027 w podziale na zadania: Zadanie 1 Rejon w Kłodzku - Obwód Drogowy w Kłodzku, Zadanie 2 Rejon w Kłodzku - Obwód Drogowy w Braszowicach, Zadanie 3 Rejon w Kłodzku - Obwód Drogowy w Bystrzycy Kłodzkiej, nr postępowania O/WR.D-3.2421.25.2024 (dalej: „Postępowanie”). Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego zgodnie z ustawą dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych, dalej zwaną „Pzp” lub „ustawą Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: nr 4546412024 w dniu 29 lipca 2024 roku.

W dniu 8 sierpnia 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę P. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PRZEDSIĘBIORSTWO USŁUGOWE ROBOTY ZIEMNE P. K. w Wałbrzychu zwanego dalej „Odwołującym”, wobec czynności Zamawiającego polegających na dokonaniu w Postępowaniu niezgodnego z przepisami ustawy – Prawo zamówień publicznych opisu przedmiotu zamówienia oraz ustalenia nieproporcjonalnych i niewłaściwych warunków udziału w postępowaniu, tj. wobec niegodnych z przepisami ustawy zapisów SWZ oraz odpowiednio ogłoszenia o zamówieniu.

Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego, Odwołujący zarzucił: naruszenie:

1) art. 112 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp poprzez wprowadzenie warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do dysponowania sprzętem w postaci pługo-solarki z dodatkowym pługiem bocznym (po 2 sztuki dla Zadania 1 i 2), który to warunek nie stanowi wyrazu poziomu minimalnej zdolności do realizacji zamówienia, a wobec braku dostępności na rynku osprzętu koniecznego do skonfigurowania wymaganego sprzętu ZUD i długich okresów oczekiwania na jego wyprodukowanie i montaż na nośniku, tak postawiony warunek udziału w postępowaniu dodatkowo utrudnia dostęp do zamówienia mniejszym, lokalnym wykonawcom zdolnym do należytego wykonania zamówienia przy użyciu innych, dostępnych na rynku rozwiązań technicznych;

2) art. 99 ust. 1 i 4 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez niejednoznaczne opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie terminów, w jakich będzie świadczona usługa objęta przedmiotem zamówienia w sytuacji podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego po 01.10.2024r.;

3) art. 99 ust. 1 i 4 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez ustalenie nierealnych, niemożliwych do dochowania terminów na przygotowanie się do świadczenia usługi zimowego utrzymania dróg objętych przedmiotem zamówienia oraz wprowadzenie niemożliwego do dochowania wymogu dysponowania już w pierwszym sezonie

zimowy, tj. sezonie 2024/2025 pługo – solarkami z dodatkowym bocznym pługiem, co świadczy o tym, że Zamawiający nie uwzględnił wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

4) Taki opis przedmiotu zamówienia dodatkowo przerzuca na wykonawcę całe ryzyko gospodarcze związane z (1) niemożliwością dochowania wymogów sprzętowych z uwagi na brak dostępności odpowiednich sprzętów na rynku, z (2) wcześniejszym wystąpieniem warunków zimowych w sezonie 2024/2025 wymagającym podjęcia prac utrzymaniowych na drodze oraz z (3) przedłużeniem się postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co dodatkowo narusza przepis art. 353(1)kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp. Wykonawca musi wziąć na siebie wszystkie opisane tu ryzyka gospodarcze, których zakres i koszty, zwłaszcza wobec wysokich kar umownych, są niemożliwe

do ustalenia. Skutkiem takiego sposobu dokonania opisu przedmiotu zamówienia może być również złożenie przez wykonawców nieporównywalnych ofert, co z kolei prowadzi do wniosku, że opis przedmiotu zamówienia został dokonany w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję oraz narusza zasady proporcjonalności.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu zmiany zapisów SIWZ oraz odpowiednio ogłoszenia o zamówieniu poprzez:

1) Jednoznaczne wskazanie, że w sytuacji, gdy do zawarcia umowy w sprawie niniejszego zamówienia dojdzie po 15.09.2024r., Wykonawca zobowiązany będzie do przygotowania do eksploatacji 100% sprzętów do zwalczania śliskości i odśnieżania (nośników i osprzętu ZUD wymaganych zapisami OPZ) w terminie do 60 dni od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, z tym zastrzeżeniem, że:

a) w ciągu 30 dni od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego Wykonawca zobowiązany będzie do opracowania i pozyskania akceptacji Zamawiającego dla Programu Zapewnienia Jakości, zatrudnienia i przeszkolenia

operatorów sprzętów ZUD oraz zgłoszenia sprzętów wg wzoru z załączników 3.13.3 zgodnie z pkt 7.3 OPZ;

b) w ciągu 45 dni od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego Wykonawca zobowiązany będzie do podstawienia 50% wymaganego sprzętu na nośnikach do przeglądu;

c) w ciągu 60 dni od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego Wykonawca zobowiązany będzie do podstawienia 100% wymaganego sprzętu na nośnikach do przeglądu,

d) pługo-solarki z dodatkowym pługiem bocznym w ilościach wskazanych w OPZ będą wymagane od drugiego sezonu zimowego realizacji zamówienia, tj. od sezonu 2025/2026;

2) Jednoznacznie wskazanie, że niezależnie od warunków pogodowych, sezon zimowy 2024/2025 nie będzie mógł rozpocząć się względem Wykonawcy wcześniej niż po upływie 45 dni od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (z uwzględnieniem wymogu co do ilości sprzętu ZUD wymaganego do przygotowania w określonych terminach);

3) Usunięcie wymogu dysponowania na potrzeby spełnienia warunków udziału w postępowaniu pługo – solarkami z dodatkowym bocznym pługiem;

4) Nakazanie Zamawiającemu dokonania stosownej zmiany terminu otwarcia ofert tak, by możliwe było dostosowanie przygotowywanej oferty do zmienionych warunków realizacji zamówienia;

5) Zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, wyznaczony do rozpoznania niniejszej sprawy odwoławczej ustalił i zważył, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy Pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

W dniu 30 sierpnia 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło oświadczenie Odwołującego o cofnięciu odwołania.

Izba stwierdziła, że oświadczenie o wycofaniu odwołania zostało złożone przez osobę uprawnioną do reprezentowania Odwołującego, zatem odwołanie zostało skutecznie

wycofane przed otwarciem rozprawy i w oparciu o art. 520 ust. 1 i art. 568 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba postanowiła o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy. Art. 568 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że w przypadku cofnięcia odwołania Izba umarza

postępowanie odwoławcze w formie postanowienia.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 2), § 9 ust. 1 pkt 3 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).

Zgodnie z dyspozycją art. 557 ustawy Prawo zamówień publicznych w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Zgodnie z art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a ww. rozporządzenia, w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości na skutek cofnięcia odwołania przed otwarciem rozprawy najpóźniej w dniu poprzedzającym dzień, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron lub uczestników postępowania odwoławczego – odwołującemu zwraca się 90% wpisu; w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, w wysokości stanowiącej 90% jego wysokości.

Izba postanowiła o zwróceniu 90% wpisu w wysokości 13 500 zł 00 gr.

Przewodniczący: ……..…