

Sygn. akt: KIO 3321/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 26 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agnieszka Trojanowska

Ryszard Tetzlaff

Justyna Tomkowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron i uczestników odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 września 2024 roku przez wykonawcę WASKO Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach, ul. Berbeckiego 6 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, ul. Wronia 53 prowadzący postępowanie Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu, ul. Powstańców Śląskich 186

Uczestnik po stronie odwołującego:

Wykonawca Swarco Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Modlniczce, ul. Ekranowa 6

Wykonawca Budimex spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Siedmiogrodzka 9

Wykonawca Sprint spółka akcyjna z siedzibą w Olsztynie, ul. Jagiellończyka 26

postanawia:

1. umorzyć postępowanie,
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 13 500zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy WASKO Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach, ul. Berbeckiego 6 tytułem zwrotu 90% uiszczanego 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.

Przewodnicząca:

Sygn. akt KIO 3321/24

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: System Zarządzania Ruchem na drodze ekspresowej S5 w. Korzeńsko – w. Wrocław Północ, nr postępowania O/WR.D-3.2411.11.2024 ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej numer publikacji ogłoszenia 389954-2024, numer wydania Dz.U. S: 126/2024, w dniu 01.07.2024r.

W dniu 5 września 2024 r. zamawiający zamieścił wyjaśnienia treści SWZ wraz z jej modyfikacją.

W dniu 12 września 2024 r. wykonawca WASKO spółka akcyjna z siedzibą w Gliwicach wniósł odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 10 września 2024 r. udzielonego przez wiceprezesa zarządu. Do odwołania dołączono dowód jego przekazania zamawiającemu.

Odwołujący zakwestionował zaniechanie zamawiającego polegające na braku udzielenia wyjaśnień na pytania numer: 385, 397, 327, 328, 344 oraz kwestionuje dokonaną przez zamawiającego w dniu 05.09.2024r. modyfikację definicji „Oprogramowania Dedykowanego”. Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

Zaniechanie przez zamawiającego udzielenia wyjaśnień na pytania numer 385, 397, 327, 328, 344 co powoduje brak możliwości złożenia rzetelnie skalkulowanej oferty w postępowaniu i czyni opis przedmiotu zamówienia niejednoznacznym, który nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty, a w związku z tym ogranicza konkurencję i stanowi naruszenie przepisów art. 135 ust. 2, art. 99 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 441 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1), 2), 3) ustawy.

Dokonanie przez zamawiającego zmiany numer 29 polegającej na modyfikacji definicji „Oprogramowania Dedykowanego”:

„ Zmiana nr 29

Zamawiający zmienia treść IPU §1 definicja "Oprogramowanie dedykowane"

Istniejący zapis:

"Oprogramowanie Dedykowane - program komputerowy stworzony na potrzeby Umowy, uwzględniający indywidualne potrzeby Zamawiającego, w tym modyfikacje i rozbudowa Oprogramowania Standardowego Aplikacyjnego. Niezależnie od powyższego każdorazowo Oprogramowaniem Dedykowanym jest oprogramowanie, które spełnia wymagania funkcjonalne określone w OPZ," Otrzymuje brzmienie:

"Oprogramowanie Dedykowane - program komputerowy stworzony na potrzeby Umowy, uwzględniający indywidualne potrzeby Zamawiającego, w tym modyfikacje i rozbudowę Oprogramowania Standardowego Aplikacyjnego, spełniający wymagania funkcjonalne określone w OPZ, nie będący Oprogramowaniem Standardowym Aplikacyjnym i Systemowym;"

podczas gdy nowa definicja Oprogramowania Dedykowanego jest niejednoznaczna, powoduje nie dające się usunąć w drodze wykładni wątpliwości interpretacyjne co skutkuje, iż nie jest możliwe, aby przed złożeniem oferty jednoznacznie ustalić, które z planowanego do zaoferowania w postępowaniu oprogramowania będzie zakwalifikowane jako Oprogramowanie Dedykowane, co powoduje, że opis przedmiotu zamówienia jest niejednoznaczny i nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty, a w związku z tym stanowi naruszenie przepisów art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1), 2), 3) ustawy.

Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

Udzielenia jednoznacznych i wyczerpujących wyjaśnień na pytania numer 385, 397,327, 328, 344 – zgodnie z uzasadnieniem dla postawionego zarzutu;

Zdefiniowania pojęcia „Oprogramowanie Dedykowane” w sposób, który nie będzie budził wątpliwości interpretacyjnych a ponadto w taki sposób, który odpowiadał będzie standardom rynkowym w tym zakresie – zgodnie z uzasadnieniem dla postawionego zarzutu.

Odwołujący wykazując interes w uzyskaniu zamówienia wskazał, że jest wykonawcą, który w ramach prowadzonej działalności gospodarczej oferuje na rynku usługi polegające na wdrażaniu i utrzymywaniu systemów zarządzania ruchem na drogach. Odwołujący zamierza złożyć swoją ofertę w postępowaniu, ponieważ w szczególności dysponuje zespołem, kompetencjami oraz oprogramowaniem, które mogłoby zostać wykorzystane do realizacji przedmiotu zamówienia. Wprowadzona w dniu 05.09.2024r. modyfikacja oraz niejednoznaczność dokumentów zamówienia powstała wskutek braku wyjaśnień zamawiającego na pytania wskazane w treści niniejszego odwołania uniemożliwiają odwołującemu złożenie ważnej, rzetelnie skalkulowanej oferty. W związku z tym odwołujący może ponieść szkodę polegającą na braku pozyskania zamówienia i nieosiągnięciu zysku z jego realizacji.

Zamawiający w dniu 05.09.2024r. opublikował na platformie zakupowej pismo numer O/WR.D3.2411.11.2024.6.api, w którym odniósł się do pytań zadanych przez wykonawców zainteresowanych złożeniem oferty w postępowaniu. Odwołujący celowo używa określenia „odniósł się”, a nie „udzielił wyjaśnień”, ponieważ w stosunku do pytań wskazanych w niniejszym odwołaniu pomimo faktu, że zostały one zadane w terminie określonym w przepisie art. 135 ust. 2 ustawy i wskazywały kwestie wymagające wyjaśnienia, Zamawiający nie udzielił

wyjaśnień rozumianych jako jednoznaczne, nie pozostawiające miejsca na interpretację usunięcie wątpliwości dotyczących dokumentów zamówienia.

W dniu 12 września 2024 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 13 września 2024 r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił się wykonawca Swarco Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Modliczce, ul. Ekranowa 6. Zgłoszenie zostało wniesione przez członka zarządu. Do zgłoszenia dołączono dowody jego przekazania stronom.

Przystępujący wskazał, że jest producentem oprogramowania do zarządzania ruchem na drogach szybkiego ruchu i autostradach, a zatem szczególnie wrażliwą jest dla niego kwestia konieczności przekazania licencji i kodów źródłowych dla tego typu oprogramowania. Z uwagi na duże ryzyko możliwości różnej interpretacji postanowień SWZ w interesie przystępującego jest ich jednoznaczne sprecyzowanie, co będzie miało wpływ na złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu. Przystępujący jest zainteresowany złożeniem oferty, z zatem w jego interesie jest jak najbardziej przejrzyste i rzetelne doprecyzowanie treści SWZ, w tym opisu przedmiotu zamówienia.

W dniu 16 września 2024 r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił swój udział wykonawca Budimex SA z siedzibą w Warszawie, ul. Siedmiogrodzka 9. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 9 maja 2028 r. udzielonego przez dwóch członków zarządu. Do zgłoszenia dołączono dowody jego przekazania stronom.

Przystępujący jako podmiot, który jest zainteresowany udziałem w przedmiotowym postępowaniu i złożeniem oferty, posiada interes w przystąpieniu do tego postępowania odwoławczego i rozstrzygnięciu uwzględniającym odwołanie. Przystępujący wskazał, że podniesione zarzuty są zasadne, a ukształtowanie przez zamawiającego treści postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia w aktualnym brzmieniu narusza bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa i równowagę stron stosunku prawnego. Przepisy te naruszone są również poprzez brak merytorycznego ustosunkowania się przez zamawiającego do pytań odnoszących się do przedmiotu zamówienia, determinując brak możliwości właściwego rozpoznania zobowiązań nałożonych na wykonawców i ich oszacowania.

Przystępujący wskazał, że uwzględnienie odwołania złożonego przez odwołującego umożliwi przystępującemu złożenie prawidłowej i konkurencyjnej oferty, opartej na wszechstronnym rozpoznaniu przedmiotu zamówienia, bez konieczności kalkulacji ryzyk niemożliwych do przewidzenia w chwili przygotowywania oferty, a w następstwie także zagwarantuje niezakłócone realizowanie kontraktu opartego na równowadze stron stosunku

zobowiązaniowego. Nieuwzględnienie odwołania doprowadzi z kolei do utrzymania stanu naruszenia przepisów ustawy i kodeksu cywilnego, generując ryzyko utraty możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia przez przystępującego.

Ponadto interes przystępującego w przystąpieniu do postępowania odwoławczego przejawia się już w samym zainteresowaniu wynikiem danej sprawy odwoławczej. W tym kontekście przystępujący wskazał m.in. na stanowisko KIO wyrażone w wyroku z dnia 20 stycznia 2014 r. (sygn. akt KIO 5/14).

Uwzględnienie odwołania jest zasadne, gdyż działania zamawiającego polegające na uchylaniu się od realnego wyjaśnienia wątpliwości dotyczących treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, a także wprowadzone przez niego definicje w obecnym kształcie naruszają bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa. Przystępujący poparł zarzuty podniesione przez odwołującego, dotyczące zaniechań po stronie zamawiającego i ukształtowania postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia w sposób wadliwy i wniósł o uwzględnienie wniesionego odwołania.

W dniu 16 września 2024 r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił się wykonawca Sprint SA z siedzibą w Olsztynie, ul. Jagiellończyka 26. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 13 września 2024 r. udzielonego przez wiceprezesa zarządu. Do odwołania dołączono dowody jego przekazania stronom. Przystępujący wskazał, że jest wykonawcą prowadzącym działalność o obszarze objętym przedmiotem zamówienia, stąd też jest zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia. Przystępujący podzielił argumentację odwołującego, że wprowadzona w dniu 5 września 2024 r. modyfikacja i niejednoznaczność dokumentów zamówienia powstała wskutek braku wyjaśnień zamawiającego na pytania wskazane w treści odwołania, uniemożliwiają, a co najmniej utrudniają wykonawcom złożenie ważnej, rzetelnie skalkulowanej oferty. W tej sytuacji w interesie przystępującego jest rozstrzygnięcie odwołania na korzyść odwołującego i dokonanie wnioskowanych przez niego czynności i zmian w SWZ, które umożliwią złożenie oferty w warunkach uczciwej konkurencji.

W dniu 24 września 2024 r. odwołujący złożył oświadczenie o wycofaniu odwołania. Termin posiedzenia z udziałem stron był wyznaczony na dzień 30 września 2024 r.

Izba zważyła, co następuje:

Izba dopuściła wykonawców:

Wykonawca Swarco Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Modlniczce, ul. Ekranowa 6

Wykonawca Budimex spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Siedmiogrodzka 9

Wykonawca Sprint spółka akcyjna z siedzibą w Olsztynie, ul. Jagiellończyka 26 w charakterze uczestników postępowania po stronie odwołującego.

Odwołujący jednoznacznie i wyraźnie oświadczył, że cofa odwołanie w całości. Taki stan faktyczny nadaje się do subsumpcji pod normę prawną art. 520 ust. 1 i 2 ustawy, które stanowią, że odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy i cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby. W tym stanie rzeczy Izba wydała postanowienie o umorzeniu postępowania, działając na podstawie art. 568 ust. 1 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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) na podstawie par. 9 ust. 1 pkt. 3 lit a cyt. rozporządzenia nakazując zwrot odwołującemu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 90% uiszczonego wpisu.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....