

Sygn. akt: KIO 4210/24

## POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 6 grudnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Irmina Pawlik

A.K.

Michał Pawłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 6 grudnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 listopada 2024 r. przez wykonawcę Korporacja Budowlana DORACO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Agencja Rozwoju Przemysłu Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie

przy udziale uczestników po stronie odwołującego:

A. wykonawcy Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie,

B. wykonawcy FABE Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie,

C. wykonawcy PORR Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie,

D. wykonawcy STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie,

### postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze;

2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Korporacja Budowlana DORACO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku kwoty 18 000 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej 90% uiszczonego wpisu od odwołania.

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 4210/24

## Uzasadnienie

Agencja Rozwoju Przemysłu Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Zamawiający”), którego pełnomocnikiem/inwestorem zastępczym jest ANTEA Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach, prowadzi w trybie dialogu konkurencyjnego postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. „Budowa Nabrzeża Trawlerowego oraz placów odładczych na terenie wyspy Ostrów w Gdańsku” (nr referencyjny DK/1/2024). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 31 października 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej S: 213/2024 z pod numerem 662899-2024. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320, dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 12 listopada 2024 r. wykonawca Korporacja Budowlana DORACO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku (dalej jako „Odwołujący DORACO”) wniósł odwołanie wobec treści dokumentów zamówienia, zarzucając naruszenie przez Zamawiającego:

1.art. 16 pkt 1 i 3 w zw. z art. 112 ust. 1 w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp przez określenie w Rozdziale X ust. 2 pkt 2.1

lit. a) Opisu Potrzeb i Wymagań, wymogu w zakresie określenia warunków udziału w postępowaniu, dotyczących zdolności technicznych lub zawodowych wykonawcy, wykonania w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie co najmniej 2 (dwóch) robót budowlanych zrealizowanych w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC lub

równoważne, których przedmiotem była budowa lub przebudowa morskich budowli hydrotechnicznych, polegające na budowie lub przebudowie nabrzeży, pirsów, pomostów, o wartości nie mniejszej niż 70 000 000,00 (siedemdziesiąt milionów) zł brutto każda, mimo że tak sformułowany warunek jest warunkiem zbyt rygorystycznym, sztucznie zawężającym konkurencję i nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia;

2.art. 16 pkt 1 i 3 w zw. z art. 177 ust. 2 ustawy Pzp przez określenie w Rozdziale XVII ust. 2 Opisu Potrzeb i Wymagań kryteriów selekcji, które naruszają zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ponieważ sztucznie zawężają konkurencję, przyznając punkty: 1) za każdą wykonaną robotę budowlaną wykonaną w obszarze EOG (Europejski Obszar Gospodarczy), w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zrealizowaną w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC lub równoważne, której przedmiotem była budowa lub przebudowa morskich budowli hydrotechnicznych polegających na budowie lub przebudowie nadbrzeży, pirsów, pomostów, o wartości nie mniejszej niż 80.000.000,00 (osiemdziesiąt milionów złotych) brutto; 2) za każdą wykazaną robotę budowlaną wykonaną na obszarze EOG (Europejski Obszar Gospodarczy), w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zrealizowaną w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC lub równoważne, której przedmiotem była budowa lub przebudowa nadbrzeża o nośności większej niż 40 kN/m<sup>2</sup> wykonanego wraz z belkami podsuwnicowymi (podtorze żurawi), które to kryteria selekcji są bezpodstawnie wygórowane, nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia oraz nieadekwatne do realiów rynku;

3.art. 16 pkt 1 i 3 w zw. z art. 177 ust. 2 w zw. z art. 462 ust. 1 ustawy Pzp przez wprowadzenie w Rozdziale XVII ust. 2 Opisu Potrzeb i Wymagań w pkt 3 części „Uwagi” do kryteriów selekcji, zastrzeżenia, zgodnie z którym: „Punkty są przyznawane tylko za roboty, które wykonawca zrealizował osobiście, co oznacza, że nie mogą to być roboty zlecone podwykonawcom, ani roboty, które były realizowane w ramach konsorcjum przez innego Wykonawcę”, co sztucznie zawęża konkurencję, uniemożliwiając legitymowania się w ramach kryteriów selekcji robotami budowlanymi, które były realizowane przy pomocy podwykonawców, co jest niezgodne z zasadą uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz zasadą proporcjonalności.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1.dokonania zmiany w Rozdziale X ust. 2 pkt 2.1 lit. a) Opisu Potrzeb i Wymagań, wymogu w zakresie określenia warunków udziału w postępowaniu, dotyczących zdolności technicznych lub zawodowych wykonawcy, w następujący sposób:

*„wykonał w okresie ostatnich 10 lat 2 roboty (dwie) roboty budowlane, zrealizowane w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC lub równoważne, których przedmiotem była budowa lub przebudowa morskich budowli hydrotechnicznych, polegające na budowie lub przebudowie nabrzeży, pirsów, pomostów, o wartości nie mniejszej niż 40.000.000,00 zł brutto każda*

lub:

*wykonał w okresie ostatnich 10 lat 2 (dwie) roboty budowlane, których przedmiotem była budowa lub przebudowa morskich budowli hydrotechnicznych, polegające na budowie lub przebudowie nabrzeży, pirsów, pomostów, o wartości nie mniejszej niż 140.000.000,00 zł brutto, w tym 2 robót (dwie) roboty budowlane, zrealizowane w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC lub równoważne, których przedmiotem była budowa lub przebudowa morskich budowli hydrotechnicznych, polegające na budowie lub przebudowie nabrzeży, pirsów, pomostów, o wartości nie mniejszej niż 40.000 000,00 zł brutto każda,*

2.nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany w Rozdziale XVII ust. 2 Opisu Potrzeb i Wymagań w zakresie kryteriów selekcji, w następujący sposób:

1) *za każdą wykonaną robotę budowlaną wykonaną w obszarze EOG (Europejski Obszar Gospodarczy), w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zrealizowaną w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC lub równoważne, której przedmiotem była budowa lub przebudowa morskich budowli hydrotechnicznych polegających na budowie lub przebudowie nabrzeży, pirsów, pomostów - Wykonawca otrzyma 1 punkt;*

2) *za każdą wykazaną robotę budowlaną wykonaną w obszarze EOG (Europejski Obszar Gospodarczy), w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, której przedmiotem była budowa lub przebudowa nabrzeża o nośności większej niż 20 kN/m<sup>2</sup> wykonanego wraz z belkami podsuwnicowymi (podtorze żurawi) - Wykonawca otrzyma 1 punkt.*

3.nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany w Rozdziale XVII ust. 2 Opisu Potrzeb i Wymagań w zakresie kryteriów selekcji, poprzez zmianę pkt 3 w części „Uwagi” do kryteriów selekcji, w następujący sposób:

*„Punkty są przyznawane tylko za roboty, które wykonawca zrealizował osobiście, co oznacza, że nie mogą to być, które były realizowane w ramach konsorcjum przez innego Wykonawcę”.*

Zamawiający w dniu 26 listopada 2024 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której częściowo uwzględnił zarzuty podniesione przez Odwołującego. Zamawiający wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego w zakresie uwzględnionych zarzutów i oddalenie odwołania w pozostałej części.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpień zgłoszonych do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przez wykonawców Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, FABE Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, PORR Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie. W/w. wykonawcy stali się uczestnikami postępowania odwoławczego.

Odwołujący 2 grudnia 2024 r. złożył pismo, w którym oświadczył, że cofa w całości odwołanie wniesione w przedmiotowej sprawie.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy. Zgodnie z ust. 2 tego przepisu cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Izby.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że zachodzą podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, w myśl którego Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a) 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 90% kwoty uiszczonej tytułem wpisu, tj. kwoty 18 000 zł.

Przewodnicząca:.....

.....

.....