Sygn. akt: KIO 4142/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 19 listopada 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Mateusz Paczkowski
Andrzej Niwicki
Katarzyna Paprocka

na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 19 listopada 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 listopada 2024 r. przez wykonawcę STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie wpostępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni

przy udziale uczestnika po stronie odwołującego – wykonawcy BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 18 000,00 złotych (osiemnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, stanowiącej 90% 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 4142/24

Uzasadnienie

Dyrektor Urzędu Morskiego w Gdyni (dalej: „Zamawiający”), prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm. dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Remont istniejącego wejścia do Portu Morskiego Ustka realizowanego w ramach Projektu: Budowa morskiego terminalu serwisowego offshore w Ustce” (znak postępowania: ZP.371.48.2024.KC). Wartość szacunkowa zamówienia jest powyżej progów unijnych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 września 2024 r. pod numerem 553961-2024.

W dniu 6 listopada 2024 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu złożył wykonawca STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (dalej: „Odwołujący”).

Odwołanie złożono na niezgodną z przepisami czynność Zamawiającego podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegającą na ustaleniu treści ogłoszenia o zamówieniu, dokumentu SWZ jak i projektowanych postanowień umowy, zarówno dotyczącej części I jak i II zamówienia w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp oraz przepisy Kodeksu cywilnego (dalej „kc”).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 90 ust. 2 i 3, art. 135 i art. 137 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1, art. 103 pkt 1-4 ustawy Pzp, art. 433 pkt 3 ustawy Pzp, art. 16 pkt 1,2,3 ustawy Pzp, art. 5 kc, art. 3531 kc art. 647 kc i art. 649 kc w zw. z art. 8 ust 1 ustawy Pzp, poprzez opublikowanie w dniu 28 października 2024 r. wyjaśnień i modyfikacji treści SWZ, w tym projektowanych postanowień umowy w sposób, który prowadzi do zmiany charakteru umowy w tym nałożenia dodatkowych, istotnych a wcześniej niewystępujących czynności i obowiązków na wykonawcę oraz dokonania istotnych zmian dotychczasowych warunków zamówienia przy jednoczesnym:

1) zaniechaniu przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny i odpowiedni do ich przygotowania, zgodnie z art. 90 ust 2 ustawy Pzp;

2) Ustaleniu warunków przyszłego zamówienia w sposób wewnętrznie sprzeczny, niedookreślony, niejasny i przerzucający ryzyko na wykonawcę, w zakresie w jakim:

a) Zamawiający zmienia charakter zamówienia z formuły „buduj” na formułę „zaprojektuj i wybuduj” nienależycie opisując przedmiot zamówienia, nie dając wymaganej przepisami prawa dokumentacji oraz nie przedłużając terminu składania ofert przez co narusza art. 99 ust 1, art. 103 i art. 90 ust 2 i 3 ustawy Pzp. Udostępniona specyfikacja warunków zamówienia wraz z załącznikiem OPZ dla obu zadań nie zawiera jakichkolwiek wymogów, wytycznych i danych niezbędnych do wykonania prac projektowych;

b) Niezasadnie przerzuca na wykonawcę obowiązek wykonania prac projektowych, podczas gdy część 1 zamówienia nie zawiera żadnych wymogów ani zakresów do zaprojektowania i nie posiada programu funkcjonalno- użytkowego, przygotowanego zgodnie z wymogiem art. 103 pkt 1- 4 ustawy Pzp;
c) Niezasadnie przerzuca na wykonawcę obowiązek wykonania prac projektowych, podczas gdy część 2 zamówienia nie posiada odpowiednio przygotowanej i przekazanej dokumentacji projektowej, w tym programu funkcjonalno-użytkowego. W zakresie tej części zamówienia Wykonawca zauważa, że część prac nie jest remontem, jak wskazuje nazwa zamówienia, lecz w przypadku Ostrogi Zachodniej, Ostrogi Helskiej czy Slipu występuje element budowy oraz przebudowy, co wymaga sporządzenia dokumentacji projektowej i pozyskania decyzji administracyjnych. Zamawiający zaniechał jednak przekazania takiej dokumentacji lub przekazania wytycznych oraz opisu niezbędnego do wykonania takiego zakresu przez wykonawcę.
d) Zamawiający poprzez brak jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia rozmywa i uniemożliwia dokonanie podziału odpowiedzialności za wykonaną i przekazaną dokumentację projektową między Zamawiającym a wykonawcą. Zamawiający zarówno w zadaniu nr 1 i 2 przekazuje zasadniczą część dokumentacji projektowej, lecz nie podaje zakresów i warunków koniecznych do zaprojektowania pozostałej części przez wykonawcę. Zamawiający rozmywa i uniemożliwia prawidłową weryfikację obowiązków wykonawcy i jego odpowiedzialności, która jest niezbędnym elementem wyceny oferty.
3) Ustaleniu warunków zamówienia w sposób wewnętrznie sprzeczny, niedookreślony, niejasny i przerzucający ryzyko na wykonawcę, w zakresie w jakim:
a) Zamawiający sprzecznie wskazuje w dokumentach zamówienia, że wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy tj. § 3 ust 5 wzoru umowy na część 1 i 2 „Niedoszacowanie, pominięcie oraz brak rozpoznania zakresu Przedmiotu Umowy nie może być podstawą do żądania zmiany wynagrodzenia ryczałtowego określonego w ust. 1 niniejszego paragrafu…" podczas gdy w dalszych/ innych zapisach dokumentacji wskazuje, że wynagrodzenie jest obmiarowe i będzie rozliczane według rzeczywistej ilości i wartości wykonanych robót tj. pkt 25.5 SWZ, § 3 ust 2 wzoru umowy na część 1 i 2.
b) Zamawiający wymaga wskazania w § 3 ust 3 wzoru Umowy na część 1 i 2 maksymalnej wysokości wynagrodzenia Wykonawcy z uwzględnieniem limitu waloryzacji, podczas gdy wynagrodzenie ma charakter obmiarowy i nie jest możliwe przy przekazanych przedmiarach robót oraz jednoczesnych wymaganiach SWZ zakazu jakiejkolwiek ich modyfikacji (pkt 25.5 SWZ) dokonania wyliczenia maksymalnej wartości zamówienia.
Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:
1) ukształtowania zapisów dokumentacji zamówieniowej w sposób jednoznaczny i zrozumiały z jasnym podziałem zadań i odpowiedzialności Wykonawcy i Zamawiającego w ramach części nr 1 i 2 zamówienia;
2) przygotowanie i przekazanie odpowiedniej i zgodnej w prawem dokumentacji projektowej w tym:
a) dla zadania 1: przekazanie kompletnej dokumentacji projektowej w celu wykonania robót lub potwierdzenie, że taka dokumentacja została przekazana jako Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia stanowiący Załącznik nr 13 SWZ, wraz z załącznikami w postaci dokumentacji projektowej- projektu remontu, Specyfikacji Technicznych (STWIORB), Przedmiarów robót, oraz innych dokumentów projektowych (wraz z decyzjami) a przez to wykreślenie postanowień o powierzeniu prac projektowych wykonawcy;
b) dla zadania 2: przekazanie kompletnej dokumentacji projektowej w celu wykonania robót, wraz z załącznikami w postaci projektu remontu/budowlanego, Specyfikacji Technicznych (STWIORB), Przedmiarów robót, oraz innych dokumentów projektowych (wraz z decyzjami) a przez to wykreślenie postanowień o powierzeniu prac projektowych wykonawcy;
lub:
c) dla zadania 2: wydzielenie części robót dla których niezbędne jest wykonanie przez Wykonawcę dokumentacji projektowej oraz uzyskaniem niezbędnych decyzji i w tym zakresie oraz przygotowanie i przekazanie wykonawcy Programu funkcjonalno-użytkowego, opisującego wymagania co do zaprojektowania i wybudowania tej części inwestycji wraz z odpowiednią zmianą pozostałej części dokumentacji odpowiednio do zakresu powierzonych prac projektowych;
3) Jednoznaczne wskazanie że umowa ma charakter obmiarowy i wynagrodzenie jest kosztorysowe a przez to usuniecie postanowienia umowy o maksymalnej kwocie wynagrodzenia (ujednolicenie SWZ i wzorów umów w tym zakresie);
4) przedłużenie terminu składania ofert o czas niezbędny do uwzględniania ww. zmian tj. nie krótszego niż 14 dni od dnia przekazania kompletnej dokumentacji zamówienia – zmienionej i uzupełnionej jak w pkt II ppkt 1) i 2) powyżej;
5) w przypadku nieprzedłużenia terminu składania ofert Wykonawca wnosi ewentualnie o unieważnienie postępowania na podstawie art. 90 ust 3 ustawy Pzp w związku z art. 256 ustawy Pzp;
6) w przypadku nieprzedłużenia terminu składania ofert i jednoczesnego upływu terminu na złożenie ofert w trakcie trwania postępowania odwoławczego lub przed rozstrzygnięciem niniejszego odwołania Wykonawca wnosi o unieważnienie postępowania w oparciu o art. 255 pkt 6 ustawy Pzp lub art. 256 ustawy Pzp lub w zależności od

zaistniałego stanu faktycznego innej postawy unieważnienia postępowania, określonych w art. 255-258 ustawy Pzp.
Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący jest podmiotem profesjonalnie działającym na rynku budowlanym, w tym sektorze inwestycji realizowanych w trybie ustawy Pzp. Zamawiający pod pozorem udzielania jedynie wyjaśnień SWZ wprowadził istotne zmiany w SWZ w tym projektowanych postanowień umowy, które prowadzą do ukształtowania zasad odpowiedzialności wykonawcy w sposób niezgodny z przepisami ustawy Pzp i kc. Odwołujący zamierza złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu, lecz wskutek podjętych przez Zamawiającego czynności treść SWZ, jak również Projektu Umowy została ukształtowana w sposób niezgodny z przepisami co jest nieakceptowalne dla Odwołującego (jako oferenta, jak i potencjalnego wykonawcy przyszłego zamówienia). Odwołujący ma interes prawny we wniesieniu niniejszego odwołania, bowiem w przypadku wyboru jego oferty chce on zawrzeć prawidłową i zgodną z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa umowę w sprawie zamówienia publicznego. Żaden wykonawca nie jest w stanie wycenić ryzyka ani prawidłowo wycenić ofertę nie mając jasno opisanego zakresu prac do wykonania i nie wiedząc w jakim zakresie i przy jakich wymaganiach ma stworzyć brakującą dokumentację projektową oraz pozyskać do niej niezbędne decyzje. Podobnie też żaden wykonawca jako profesjonalista nie jest w stanie podczas standardowej analizy dokumentacji projektowej na etapie ofertowania wykryć jej błędów i nieprawidłowości, co ma miejsce podczas realizacji robót i zgodnie z art. 651 kc winno być zgłaszane niezwłocznie w toku prac a poprzez zatracenie i rozmycie granic odpowiedzialności za projekt wykonawca nie ma możliwości złożenia prawidłowo skalkulowanej oferty.
Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1) lit. a) ustawy Pzp. Informację stanowiącą podstawę dla wniesienia odwołania Odwołujący uzyskał w dniu 28 października 2024 r. (opublikowanie modyfikacji dokumentacji postępowania). W związku z powyższym odwołanie wniesione w dniu 6 listopada 2024 r. należy uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie.
Wpis od odwołania w kwocie 20 000,00 złotych (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.
Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego w ustawowym terminie przystąpił wykonawca BUDIMEX S.A z siedzibą w Warszawie.
Pismem z dnia 18 listopada 2024 r. Odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdza, że w tej sprawie odwoławczej odwołanie zostało skutecznie wycofane przed terminem posiedzenia i rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego. Wymaga odnotowania, że odwołanie można cofnąć w każdym czasie do zamknięcia rozprawy. Cofnięcie odwołania przez Odwołującego, zgodnie art. 568 pkt 1) ustawy Pzp oraz § 13 ust. 1 pkt 6) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 31 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz.U. 2020 poz. 2453) oznacza, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu.
Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.
O kosztach postępowania orzeczono na podstawie §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 (t.j. Dz.U. 2020 z dnia 31 grudnia 2020 r., poz. 2437). Izba orzekła o dokonaniu zwrotu na rzecz Odwołującego z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych 90% kwoty uiszczonej tytułem należnego wpisu od odwołania.

Przewodniczący: ……..…… **.....**
……..…… **.....**
……..……