Sygn. akt KIO 2611/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 6 sierpnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Michał Pawłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 6 sierpnia 2024 r.
w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczejw dniu 24 lipca 2024 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Czerpalnych i Podwodnych Spółka
z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni

postanawia:

1.Umarza postępowanie odwoławcze.
2.Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Czerpalnych i Podwodnych Spółka
z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku kwoty 9 000 zł 00 gr (słownie: dziewięć 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.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 2611/24

Uzasadnienie

Dyrektor Urzędu Morskiego w Gdyni, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605, ze zm.), zwanej dalej „ustawą PZP”, prowadzi postępowanie
o udzielenie zamówienia publicznego na *„Sztuczne zasilanie brzegu w Gdańsku Górkach Zachodnich ok km 60,40 – 60,50”.*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 19 lipca 2024 r., pod numerem 2024/BZP 00421094/01.

W dniu 24 lipca 2024 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Czerpalnych i Podwodnych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie na niezgodne z przepisami ustawy PZP czynności Zamawiającego polegające na:

1) określeniu projektowanych zapisów umowy w sprawie zamówienia publicznego w sposób naruszający przepisy ustawy PZP poprzez przyznanie Zamawiającemu kompetencji do daleko idącej, nieuzasadnionej i nieproporcjonalnej ingerencji w stosunek prawny łączący wykonawcę z podwykonawcą, co narusza prawo wykonawcy do swobodnego umawiania się z podwykonawcami w materii, której przepisy ustawy PZP i Kodeksu Cywilnego (dalej jako „k.c.”) nie określają jako obligatoryjną i która wykracza poza uprawnienia przyznane Zamawiającemu na mocy przepisów ustawy PZP,

2) określeniu warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w rozdziale XVII pkt 1 ppkt 1.4 lit A i B SWZ, w sposób nieprecyzyjny, obiektywnie nieuzasadniony i nieadekwatny do przedmiotu zamówienia, co w konsekwencji uniemożliwi zapewniającą uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców ocenę zdolności oferentów do należytego wykonania zamówienia,

3) sformułowaniu opisu kryteriów oceny ofert, o których mowa w rozdziale XXI pkt 1 ppk b i c SWZ, w sposób obiektywnie nieuzasadniony i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, co w konsekwencji może prowadzić do nieuzasadnionego premiowania wykonawców, którzy nie posiadają odpowiedniego potencjału kadrowego do realizacji zamówienia,

4) przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia, a w szczególności treści ogłoszenia o zamówieniu, SWZ i projektowanych zapisów umowy, w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, nieprzejrzysty i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 465 ustawy PZP oraz art. 353^1 k.c. w zw. z art. 8 ust 1 ustawy PZP poprzez ukształtowanie treści przyszłego stosunku prawnego z uwzględnieniem postanowień wzoru umowy załączonego do SWZ, w sposób wykraczający poza uprawnienia przyznane Zamawiającemu na mocy przepisów ustawy PZP i z naruszeniem swobody kształtowania treści umów, co w szczególności przejawia się w przyznaniu Zamawiającemu nadmiernych i nieuzasadnionych obiektywnymi względami, a przede wszystkim nie mających oparcia w przepisach ustawy PZP, uprawnień do ingerencji w stosunek prawny pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą poprzez umożliwienie Zamawiającemu dokonywania zapłaty wynagrodzenia bezpośrednio na rzecz podwykonawcy pomimo, iż nie nastał jeszcze termin wymagalności wierzytelności podwykonawcy, a co za tym idzie, wykonawca nie uchybił zobowiązaniu do spełnienia świadczenia pieniężnego na rzecz podwykonawcy i nie zmaterializowały się przesłanki solidarnej odpowiedzialności Zamawiającego za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy określone w przepisach art. 465 ustawy PZP (zarzut nr 1),

2) art. 116 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 1 ustawy PZP poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganych zdolności technicznych lub zawodowych, o których mowa w rozdziale XVII pkt 1 ppkt 1.4. lit A SWZ w sposób wadliwy, obiektywnie nieuzasadniony i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, poprzez wymaganie, ażeby ubiegający się o udzielenie zamówienia wykonawca wykazał, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał 2 roboty polegające na budowie, odbudowie, przebudowie, o łącznej wartości nie mniejszej niż 300 000 zł 00 gr brutto mimo, iż przedmiot zamówienia nie obejmuje budowy, odbudowy, przebudowy, rozbudowy lub remontu budowli hydrotechnicznej, a jedynie wykonanie specjalistycznych robót związanych z czerpaniem urobku z dna akwenu i jego przemieszczaniem metodą refulacji w miejsce zdeponowania na wskazanym odcinku brzegu morskiego, nadto – iż dla osiągnięcia celu w postaci wyłonienia wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia i dającego rękojmię należytej realizacji przedmiotu przyszłej umowy w sprawie zamówienia, wystarczającym jest sformułowanie warunku, zgodnie z który wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia wykaże w postępowaniu legitymowanie się doświadczeniem w wykonaniu 2 robót odpowiadających zakresowo robotom stanowiącym przedmiot zamówienia, tj. robót polegających na sztucznym zasilaniu brzegu morskiego (przy czym za sztuczne zasilanie brzegu morskiego uznać należy prace polegające na pobraniu urobku z dna morskiego i jego wyrefulowaniu na brzeg morski wraz z uformowaniem plaży) (zarzut nr 2),

3) art. 116 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 1 ustawy PZP poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganych zdolności technicznych lub zawodowych, o których mowa w rozdziale XVII pkt 1 ppkt 1.4. lit B tiret drugi SWZ, w sposób wadliwy, obiektywnie nieuzasadniony i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, poprzez wymaganie, ażeby wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia wykazał, że dysponuje 1 osobą, która będzie pełniła funkcję Kierownika budowy – posiadającą wykształcenie wyższe techniczne budowlane, uprawnienia budowlane do kierowania robotami bez ograniczeń w specjalności inżynieryjnej hydrotechnicznej w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane oraz Rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 11 września 2014 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie lub odpowiadające im co do zakresu uprawnienia budowlane uzyskane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów lub zagraniczne uprawnienia uznane w zakresie i na zasadach opisanych w ustawie z dnia 18 marca 2008 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej i co najmniej 2 lata doświadczenia zawodowego na stanowisku Kierownika budowy lub Kierownika robót hydrotechnicznych mimo, iż dla osiągnięcia celu w postaci wyłonienia wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia i dającego rękojmię należytej realizacji przedmiotu przyszłej umowy w sprawie zamówienia wystarczające jest sformułowanie warunku, zgodnie z którym wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia będzie dysponował osobą zdolną do wykonania zamówienia o wykształceniu i uprawnieniach wymaganych przez Zamawiającego oraz co najmniej dwuletnim doświadczeniu w kierowaniu robotami odpowiadającymi zakresowo robotom stanowiącym przedmiot zamówienia, tj. w kierowaniu robotami czerpalno-refulacyjnymi (zarzut nr 3),

4) art. 240 oraz art. 241 ust. 1 i 2 ustawy PZP poprzez sformułowanie kryteriów oceny ofert, o których mowa w rozdziale XXI pkt 1 ppk b i c SWZ, w sposób wadliwy i niewykazujący związku z przedmiotem zamówienia, tj. referujący do doświadczenia odpowiednio Kierownika budowy / robót oraz Projektanta nabytego w toku realizacji robót / usług inżynierii projektowej nieodpowiadających zakresowo robotom / usługom inżynierii projektowej będącym przedmiotem zamówienia, co w konsekwencji może prowadzić do nieuzasadnionego premiowania wykonawców, którzy nie posiadają odpowiedniego potencjału kadrowego do realizacji zamówienia, a z drugiej strony do dyskryminowania – przez nieuzasadnione zaniżenie punktacji – wykonawców, którzy posiadają zasoby kadrowe uzasadniające przyznanie maksymalnej punktacji, przy założeniu prawidłowego ukształtowania kryteriów oceny ofert referujących do doświadczenia nabytego przez osoby zdolne do wykonania zamówienia (zarzut nr 4),

5) art. 16 pkt 1 ustawy PZP poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (zarzut nr 5).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści ogłoszenia, treści SWZ i Załącznika nr 3 do SWZ (wzór umowy), odpowiednio do sformułowanych zarzutów, tj. poprzez:

1) w zakresie zarzutu nr 1 odwołania – wykreślenie nadmiernego, ograniczającego i wykraczającego poza dopuszczone normy prawne postanowienia umownego, tj. wykreślenie § 11 ust 23 wzoru umowy, a także odpowiednie i zgodne z powyższym zredagowanie innych postanowień umowy, które odnoszą się do zaskarżonej materii w sytuacji, gdy powielają skarżony zapis lub wprost do niego referują,

2) w zakresie zarzutu nr 2 odwołania – dokonanie czynności zmiany treści ogłoszenia i treści SWZ poprzez określenie warunków udziału w sposób następujący:

- (…) w okresie ostatnich 5 (pięciu) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał 2 (dwie) roboty polegające na sztucznym zasilaniu brzegu mor-skiego (za sztuczne zasilanie brzegu morskiego Zamawiający uzna prace polegające na pobraniu urobku z dna morskiego i wyrefulowaniu go na brzegu morskim wraz z uformowaniem plaży) o łącznej wartości nie mniejszej niż 300 000,00 zł brutto (słownie: trzysta tysięcy złotych 00/100)"

3) w zakresie zarzutu nr 3 odwołania – dokonanie czynności zmiany treści ogłoszenia i treści SWZ poprzez określenie warunków zamówienia w sposób następujący:

„B. W zakresie dysponowania osobami do realizacji przedmiotu zamówienia:

- dysponuje 1 (jedną) osobą, która będzie pełniła funkcję Kierownika budowy – posiadającą wykształcenie wyższe techniczne budowlane, uprawnienia budowlane do kierowania robotami bez ograniczeń w specjalności inżynieryjnej hydrotechnicznej w rozumieniu Ustawy z 07.07.1994 r. Prawo budowlane, (Dz.U. 2017.1332 t.j.) oraz Rozporządzenia Ministra Infrastruktury i rozwoju z 11.09.2014 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz.U. 2014.1278) lub odpowiadające im, co do zakresu uprawnienia budowlane uzyskane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów lub zagraniczne uprawnienia uznane w zakresie i na zasadach opisanych w ustawie z dnia 18 marca 2008 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowski Unii Europejskiej, i co najmniej 2 (dwa) lata doświadczenia zawodowego na stanowisku kierownika budowy, kierownika robót hydrotechnicznych lub w kierowaniu robotami czerpalno-refulacyjnymi"

4) w zakresie zarzutu nr 4 odwołania – dokonanie czynności zmiany treści ogłoszenia i treści SWZ poprzez określenie kryteriów oceny ofert, o których mowa w rozdziale XXI pkt 1 ppkt b i c SWZ, w sposób następujący:

„b) „Doświadczenie Projektanta - waga kryterium: 20%.

W kryterium „Doświadczenie Projektanta" Zamawiający przyzna punkty jeżeli dedykowany do realizacji zamówienia Projektant posiada doświadczenie polegające na uczestniczeniu w opracowaniu, jako projektant projektów o wartości robót budowlanych nie mniejszej niż 300 000,00 złotych brutto (słownie: trzysta tysięcy złotych 00/100) każda.

(…)

c) „Doświadczenie Kierownika budowy”- waga kryterium: 20%.

W kryterium „Doświadczenie Kierownika budowy” Zamawiający przyzna punkty jeżeli dedykowany Kierownik budowy posiada doświadczenie na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót na zadaniach, których przedmiotem było wykonanie robót czerpalno - refulacyjnych, o wartości robót nie mniejszej niż 300 000,00 złotych brutto (słownie: trzysta tysięcy złotych 00/100) każda.

(…)”.

Następnie w związku z dokonanymi przez Zamawiającego w dniu 2 sierpnia 2024 r. modyfikacjami dokumentów zamówienia Odwołujący w dniu 5 sierpnia 2024 r. złożył pismo, w którym oświadczył, że cofa w całości wniesione odwołanie oraz wnosi o zniesienie terminu wyznaczonego posiedzenia, umorzenie postępowania odwoławczego i dokonanie zwrotu kwoty odpowiadającej 90% uiszczonego wpisu od odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołanie można cofnąć w każdym czasie do zamknięcia rozprawy. Cofnięcie odwołania przez Odwołującego – zgodnie z art. 568 pkt 1 ustawy PZP oraz § 13 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) – oznacza, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu.

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 (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437) Izba orzekła o dokonaniu zwrotu na rzecz Odwołującego z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych 90 % kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania, tj. kwoty 9 000 zł 00 gr (słownie: dziewięć tysięcy złotych zero groszy).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....