

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 12 sierpnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Beata Pakulska-Banach

Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 12 sierpnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 lipca 2024 r. przez wykonawcę Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Kostrzyn nad Odrą

Uczestnik po stronie Odwołującego – wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy), uiszczonej przez tego wykonawcę tytułem 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:

Uzasadnienie

Miasto Kostrzyn nad Odrą, zwane dalej „Zamawiającym”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp” lub „Pzp”, na realizację zadania pn.: *„Poprawa warunków obsługi i rozwoju terenów KSSSE w Kostrzynie nad Odrą poprzez budowę i rozbudowę infrastruktury drogowej oraz wodno — kanalizacyjnej”*, numer referencyjny postępowania: ZP.271.16.2024.GC. Zamówienie podzielone jest na dwie części.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 408464-2024 w dniu 9.07.2024 r. (Numer wydania: Dz. U. S: 132/2024). Wartość zamówienia przekracza progi unijne, określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Wykonawca Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (zwany dalej: „Odwołującym”) w dniu 19 lipca 2024 r. wniósł odwołanie wobec niezgodnych z ustawą Pzp czynności Zamawiającego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 99 ust. 1 i ust. 4 Pzp w zw. z art. 103 ust. 3 i 4 w zw. z § 15, § 18 ust. 2 pkt 2, § 19 pkt 4 lit. b), c), d), h) rozporządzenia Ministra Rozwoju i Technologii z 20 grudnia 2021 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. 2021 poz. 2454), art. 433 pkt 3 ustawy Pzp poprzez:

(i) nie załączenie do SWZ badań gruntowo - wodnych, inwentaryzacji zieleni, uzgodnień, zgód, pozwoleń oraz warunków technicznych związanych z przyłączeniem obiektu do istniejących sieci wodociągowych, kanalizacyjnych, ciepłych, gazowych, energetycznych i teletechnicznych oraz dróg publicznych, kolejowych lub wodnych oraz

(ii) wprowadzenie zapisów o pomocniczym charakterze wszystkich postanowień programu funkcjonalno-użytkowego i przeniesieniu na Wykonawcę odpowiedzialności za „rozbieżności” w przekazanym PFU;

2. art. 5 kc, art. 353¹ kc, 647 kc oraz art. 58 kc w zw. z art. 8 Pzp, a w konsekwencji art. 99 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 16 ust. 1 Pzp poprzez wprowadzenie do projektu umowy postanowień uzależniających zapłatę wynagrodzenia za jedno z

zadań objętych prowadzonym postępowaniem (postępowanie prowadzone jest z podziałem na części) od zakończenia drugiego zadania objętego prowadzonym postępowaniem co w konsekwencji stanowi o niejednoznaczności i niewyczerpującym opisanu przedmiotu zamówienia.

W oparciu o powyższe Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i:

1) zobowiązanie Zamawiającego do uzupełniania SWZ o brakujące dokumenty tj.:

(i) badania gruntowo — wodne,

(ii) inwentaryzację zieleni,

(iii) porozumienia, zgody lub pozwolenia oraz warunki techniczne i realizacyjne związane z przyłączeniem obiektu do istniejących sieci wodociągowych, kanalizacyjnych, ciepłych, gazowych, energetycznych i teletechnicznych oraz dróg publicznych, kolejowych lub wodnych konieczne do wykonania obowiązków o których mowa w pkt 2.3 PFU, 3.3.6 PFU, 3.4 PFU, 3.7 PFU, 3.8 PFU, 3.10 PFU, 4 PFU, 5 PFU, 6 PFU, 7 PFU, 8 PFU, 9 PFU, 10 PFU, 11 PFU;

2) zobowiązanie do usunięcia w akapicie: *Przedstawione w niniejszym programie funkcjonalno — użytkowym (PFU) opracowania mają charakter wyłącznie pomocniczy dla wykonawcy do sporządzenia własnych opracowań wykonania zadań wchodzących w skład przedmiotu zamówienia. Przedstawione w PFU wielkości i miary są parametrami szacunkowymi. Ostateczne wielkości zostaną ustalone na podstawie sporządzonej przez Wykonawcę dokumentacji projektowej (projekt budowlany i techniczny). W przypadku rozbieżności mieszczących się w ogólnym zakresie zamierzenia, Wykonawca nie będzie rościł praw do dodatkowego wynagrodzenia. zdania „W przypadku rozbieżności mieszczących się w ogólnym zakresie zamierzenia, Wykonawca nie będzie rościł praw do dodatkowego wynagrodzenia;*

3) nakazanie Zamawiającemu dokonania:

a. zmiany SWZ poprzez dodanie w SWZ Rozdział III pkt 1.3. o treści *Wykonanie robót wskazanych w Zadaniu 1 o których mowa w pkt 1.1. i 1.2., stanowi „Inwestycję” na potrzeby Zadania 1 oraz umowy zawartej w jego przedmiocie*;

b. zmiany SWZ poprzez dodanie do projektowanych postanowień umowy Zadania nr 1 Załącznik nr 7 do SWZ § 1 pkt 7 o treści *„Inwestycja - Wykonanie robót wskazanych w Zadaniu 1 o których mowa w pkt 1.1. i 1.2. Rozdział III SWZ”*;

c. zmiany SWZ poprzez zmianę § 8 ust. 22 projektowanych postanowień umowy Zadania nr 1 - Załącznik nr 7 do SWZ i nadanie mu brzmienia *„Wykonawca jest zobowiązany zapewnić finansowanie inwestycji w części nie pokrytej wkładem własnym Zamawiającego na czas realizacji Inwestycji, gdyż zapłata wynagrodzenia Wykonawcy w całości nastąpi po odbiorze końcowym Inwestycji przez Zamawiającego”*;

d. zmiany SWZ poprzez dodanie w SWZ Rozdział III pkt 2.2 o treści *Wykonanie etapu 1 i 2 wskazanych w Zadaniu 2 o których mowa w pkt 2, stanowi „Inwestycję” na potrzeby Zadania 2 oraz umowy zawartej w jego przedmiocie*;

e. zmiany SWZ poprzez dodanie do projektowanych postanowień umowy Zadania nr 2 Załącznik nr 7 do SWZ § 1 pkt 7 o treści *„Inwestycja - Wykonanie etapu 1 i 2 wskazanych w Zadaniu 2 o których mowa w pkt 2 Rozdział III SWZ”*;

f. zmiany SWZ poprzez zmianę § 8 ust. 22 projektowanych postanowień umowy Zadania nr 2 - Załącznik nr 7 do SWZ i nadanie mu brzmienia *„Wykonawca jest zobowiązany zapewnić finansowanie inwestycji w części nie pokrytej wkładem własnym Zamawiającego na czas realizacji Inwestycji, gdyż zapłata wynagrodzenia Wykonawcy w całości nastąpi po odbiorze końcowym Inwestycji przez Zamawiającego”*.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

W dniu 19 lipca 2024 roku Zamawiający przekazał Wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu informację o wniesieniu odwołania wraz z jego kopią oraz wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego poprzez zamieszczenie na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

W dniu 22 lipca 2024 roku wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

Izba ustaliła, że zgłoszenie przystąpienia ww. wykonawcy spełnia wymogi opisane w art. 525 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

W dniu 30 lipca 2024 r. Zamawiający złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, iż uwzględni odwołanie w części, tj.:

1) uwzględnił częściowo zarzut nr 1 i częściowo żądanie nr 1,

2) uwzględnił zarzut nr 2 i żądanie nr 3 a), b), d), e).

W pozostałym zakresie Zamawiający wnosil o oddalenie odwołania.

Odpowiedź na odwołanie została podpisana przez osobę upoważnioną do reprezentowania Zamawiającego.

W dniu 7 sierpnia 2024 roku Odwołujący złożył pismo procesowe, zawierające wniosek o umorzenie

postępowania w części, tj.:

- a. w zakresie zarzutu zawartego pkt I.1.(i) odwołania dotyczącego nie przekazania z SWZ badań gruntowo — wodnych oraz inwentaryzacji zieleni,
- b. w zakresie zarzutu pkt I.1.(ii) odwołania dotyczącego wprowadzenia zapisów o pomocniczym charakterze wszystkich postanowień programu funkcjonalno-użytkowego i przeniesieniu na Wykonawcę odpowiedzialności za „rozbieżności” w przekazanym PFU postanowień,
- c. w zakresie zarzutu pkt I.2. odwołania dot. wprowadzenia do projektu umowy postanowień uzależniających zapłatę wynagrodzenia za jedno z zadań objętych prowadzonym postępowaniem (postępowanie prowadzone jest z podziałem na części) od zakończenia drugiego zadania objętego prowadzonym postępowaniem co w konsekwencji stanowi o niejednoznacznym i niewyczerpującym opisanu przedmiotu zamówienia

na podstawie art. 568 pkt 2) albo 3) w zw. z art. 522 ust. 4 ustawy Pzp w związku z modyfikacją SWZ w zakresie zaskarżanych postanowień SWZ, dokonaną przez Zamawiającego 30 lipca 2024r., 26 lipca 2024r. oraz udzieloną odpowiedzią na odwołanie zawartą w piśmie z 30 lipca 2024r., zawierającą również potwierdzenie dokonanych modyfikacji.

Odwołujący sformułował także oświadczenie ewentualne - na wypadek stwierdzenia braku podstaw do umorzenia postępowania w zakresie wskazanym powyżej - tj.: złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania w części - w zakresie wskazanym w pkt 1 lit. a), b) i c) powyżej. Jednocześnie Odwołujący podtrzymał odwołanie w zakresie zarzutu pkt I.1 (i) odwołania, dotyczącego nie załączenia do SWZ uzgodnień, zgód, pozwoleń oraz warunków technicznych związanych z przyłączeniem obiektu do istniejących sieci wodociągowych, kanalizacyjnych, ciepłych, gazowych, energetycznych i teletechnicznych oraz dróg publicznych, kolejowych lub wodnych koniecznych do wykonania obowiązków o których mowa w pkt 2.3 PFU, 3.3.6 PFU, 3.4 PFU, 3.7 PFU, 3.8 PFU, 3.10 PFU, 4 PFU, 5 PFU, 6 PFU, 7 PFU, 8 PFU, 9 PFU, 11 PFU.

Ww. pismo zostało podpisane przez osobę upoważnioną do reprezentowania Odwołującego.

W dniu 10 sierpnia 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło kolejne pismo Odwołującego, w którym to Odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie w pozostałym zakresie, tj. w zakresie:

- a)dotychczas nieuwzględnionym przez Zamawiającego oraz
- b)nieobjętym wnioskiem o umorzenie postępowania z dnia 7.08.2024 r.

Powyższe oświadczenie zostało podpisane przez osobę uprawnioną do reprezentowania Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, że zachodzą przesłanki do umorzenia postępowania odwoławczego.

Zgodnie bowiem z art. 522 ust. 3 ustawy: w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

Stosownie do art. 568 pkt 3 ustawy Pzp Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku, o którym mowa w art. 522.

Wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania przez Odwołującego odwołania w pozostałym zakresie oraz wobec braku uczestników postępowania po stronie Zamawiającego, Izba, mając na względzie treść powołanych powyżej przepisów ustawy Pzp, umorzyła postępowanie odwoławcze w formie postanowienia.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b) 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 § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b) ww. rozporządzenia: w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości: koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, znosi się wzajemnie, jeżeli przed otwarciem rozprawy zamawiający

uwzględnił w części zarzuty przedstawione w odwołaniu i pozostałe zarzuty zostały przez odwołującego wycofane, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu

- w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Wobec powyższego Izba orzekła o dokonaniu zwrotu z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego kwoty 20 000,00 zł, uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Mając na uwadze powyższe postanowiono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....