

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 29 sierpnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: **Ewa Sikorska**

na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 29 sierpnia 2024 r. w Warszawie w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Robót Czerpalnych i Podwodnych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni**

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,

2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz: wykonawcy **Przedsiębiorstwo Robót Czerpalnych i Podwodnych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku** kwoty **9 000 zł 00 gr** (słownie: dziewięć tysięcy złotych zero groszy), 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.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt: KIO 2820/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Dyrektor Urzędu Morskiego w Gdyni – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest wykonanie sztucznego zasilania brzegu w Gdańsku Górkach Zachodnich ok. km 60,40 – 60,50.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 roku, poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 7 sierpnia 2024 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Czerpalnych i Podwodnych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie od niezgodnych z ustawą P.z.p. czynności zamawiającego, podjętych w postępowaniu, polegających na:

1. określeniu projektowanych zapisów umowy w sprawie zamówienia publicznego w sposób naruszający przepisy ustawy P.z.p. 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 kc nie określają jako obligatoryjną i wykracza poza uprawnienia przyznane Zamawiającemu na mocy przepisów ustawy P.z.p.,
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.

Na podstawie art. 516 ust. 1 pkt 8 ustawy P.z.p. odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 465 ustawy P.z.p. oraz art. 353¹ kc w zw. z art. 8 ust 1 ustawy P.z.p. 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 P.z.p. 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 P.z.p., uprawnień do ingerencji w stosunek prawny pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą poprzez umożliwienie zamawiającemu dokonywania zapłaty wynagrodzenia bezpośrednio na rzecz podwykonawcy, pomimo iż nie nastąpił 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 P.z.p.,

2. art. 116 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 1 ustawy P.z.p., 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 (pięciu) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał 2 (dwie) roboty polegające na budowie, odbudowie, przebudowie, rozbudowie lub remoncie budowli hydrotechnicznej (w tym refulacji), o łącznej wartości nie mniejszej niż 300 000,00 zł brutto (słownie: trzysta tysięcy złotych 00/100), 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 którym wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia wykaże w postępowaniu legitymowanie się doświadczeniem w wykonaniu dwóch 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),

3. art. 116 ust. 1 ustawy w zw. z art. 112 ust. 1 ustawy P.z.p., 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 (jedną) osobą, która będzie pełniła funkcję Kierownika budowy – posiadającą wykształcenie wyższe techniczne budowlane, uprawnienia budowlane do kierowania robotami bez ograniczeń w specjalności inżynierskiej hydrotechnicznej w rozumieniu ustawy z 07.07.1994 r. Prawo budowlane oraz Rozporządzenia Ministra Infrastruktury i rozwoju z 11.09.2014 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 (dwa) 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 2 letnim doświadczeniu w kierowaniu robotami odpowiadającymi zakresowo robotom stanowiącym przedmiot zamówienia, tj. w kierowaniu robotami czerpalno – refulacyjnymi,

4. art. 240 oraz art. 241 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p., przez 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, a w konsekwencji

5. naruszenie przepisu art. 16 ust. 1 ustawy P.z.p. polegające na przygotowaniu i prowadzeniu postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Mając na uwadze powyższe zarzuty, odwołujący wnioskował o:

1. uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści ogłoszenia, treści SWZ i załącznika nr 3 do SWZ (wzór umowy), odpowiednio do sformułowanych zarzutów,
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów złożonych przez odwołującego w toku postępowania odwoławczego,
3. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego według norm oraz zgodnie z rachunkiem, który zostanie przedłożony na rozprawie.

W dniu 27 sierpnia 2024 roku, przed rozprawą, odwołujący cofnął odwołanie z dnia 7 sierpnia 2024 roku.

Izba zważyła, co następuje:

Ze względu na fakt, że odwołanie można cofnąć w każdym czasie do zamknięcia rozprawy, jego cofnięcie,

zgodnie z art. 520 ust. 1 i 2 P.z.p. oznacza, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu.

Dlatego też postanowiono jak w sentencji.

Na podstawie § 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) Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu w wysokości stanowiącej 90% jego wartości.

Przewodnicząca:.....