Sygn. akt: KIO 2998/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 30 sierpnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agnieszka Trojanowska

Po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 sierpnia 2024 r przez wykonawcę 19 sierpnia 2024 r przez wykonawcę Strabag spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku, ul. Subisława 5

Uczestnicy postępowania po stronie odwołującego:

Wykonawca NDI spółka akcyjna z siedzibą w Sopocie, ul. Powstańców Warszawy 19

Wykonawca PORR spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Hołubcowa 123,

Wykonawca Mota-Engil Central Europe spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie, ul. Opolska 110,

Wykonawca Budimex spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Siedmiogrodzka 9,

Wykonawca Aldesa Construcciones Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnościąz siedzibą w Warszawie, ul. Wołoska 5,

Wykonawca FABE POLSKA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Cybernetyki 19B

postanawia:

1. umorzyć postępowanie,
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 18 000 zł. 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy Strabag spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10 tytułem zwrotu 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 2998/24

Uzasadnienie

Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Budowa drogi krajowej na odcinku Lubiatowo – Droga ekspresowa S6. Zadanie 1: Lubiatowo – Droga Wojewódzka nr 213”, nr postępowania: O.Gd.D-3.2411.08.2024. zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 08.08.2024 r. nr 477733-2024

W dniu 19 sierpnia 2024 r. wykonawca Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie wniósł odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 14 sierpnia 2024 r. udzielonego przez członka zarządu i prokurenta. Do odwołania dołączono dowód jego przekazania zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 99 ust. 1 i 4 ustawy, art. 16 pkt 1 ustawy i art. 353¹ ustawy z dnia 23.04.1964 r. Kodeks ("KC") w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy przez ustalenie:

a) terminu realizacji Odcinka 1A wchodzącego z zakres przedmiotu zamówienia na 20 miesięcy od dnia zawarcia Umowy (Daty Rozpoczęcia),

b) terminu wykonania Kamienia Milowego nr 3 o wartości nie mniejszej niż 40% wartości netto Odcinka 1A, na 17 miesięcy od dnia zawarcia Umowy (Daty Rozpoczęcia),

co w ocenie odwołującego oznacza dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na czas konieczny do ich realizacji, a niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia i niemożliwych do pominięcia, skutkując określeniem terminu zbyt krótkiego, naruszając przy tym zasady uczciwej konkurencji i zasady swobody umów, faktycznie uniemożliwiając realizację wymaganego zakresu przedmiotu zamówienia w wyznaczonym terminie;

Wniósł o:

o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania następujących czynności:

1) zmiany § 3 ust. 1 Wzoru Aktu Umowy, Subkl.1.1.76 Danych Kontraktowych (i wszelkich innych postanowień SWZ w którym wskazany został termin realizacji Odcinka 1A) przez określenie terminu wykonania Odcinka 1A na 31 miesięcy od Daty Rozpoczęcia, w miejsce 20 miesięcy od Daty Rozpoczęcia.

2) zmiany Subkl. 1.1.106 & 8.14 Danych Kontraktowych (i wszelkich innych postanowień SWZ w którym wskazany został termin realizacji Kamienia Milowego nr 3) przez określenie Kamienia Milowego nr 3 w zakresie terminu jego osiągnięcia w sposób tożsamy do Kamienia nr 4, tj. przez wskazanie, że Wykonawca jest zobowiązany osiągnąć Kamień nr 3 w terminie 25 miesięcy od Daty Rozpoczęcia, ewentualnie:
przez określenie Kamienia Milowego nr 3 w zakresie terminu jego osiągnięcia w sposób tożsamy do Kamienia nr 4, tj. przez wskazanie, że Wykonawca jest zobowiązany osiągnąć Kamień nr 3 w terminie 25 miesięcy od Daty Rozpoczęcia, z jednoczesnym podniesienia wartości tego Kamienia Milowego do 50% wartości netto Odcinka 1A.
Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący, jest podmiotem profesjonalnie działającym na rynku budowlanym, w tym w sektorze inwestycji realizowanych w trybie Ustawy PZP. Postanowienia zawarte w SWZ naruszają interes wykonawcy w uzyskaniu zamówienia. Nieprawidłowy opis przedmiotu zamówienia utrudnia bowiem odwołującemu złożenie oferty w tym postępowaniu, w tym w szczególności utrudnia prawidłową wycenę ryzyk związanych z realizacją zamówienia. Ponadto odwołujący jako podmiot zainteresowany złożeniem oferty w tym postępowaniu i w konsekwencji zawarciem umowy w sprawie realizacji zamówienia, posiada interes w sformułowaniu postanowień SWZ w sposób zgodny z przepisami powszechnie obowiązującego prawa.
W dniu 20 sierpnia 2024 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.
W dniu 21 sierpnia 2024 r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił swój udział wykonawca Mota-Engil Central Europe spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie, ul. Opolska 110. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 27 stycznia 2020 r. udzielonego przez dwóch członków zarządu. Do zgłoszenia dołączono dowody jego przekazania stronom. Wniósł o uwzględnienie odwołania w całości jako w pełni zasadnego. Poparł w całości wszystkie zarzuty i żądania zawarte w treści odwołania.
Zamawiający, dokonując opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszelkich wymagań i okoliczności mających wpływ na czas konieczny do jego realizacji, naruszył przepisy ustawy, a skutkowało to wyznaczeniem zbyt krótkich terminów dla realizacji Odcinka 1A oraz Kamienia Milowego nr 3), których dochowanie podczas realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego jest faktycznie niemożliwe.
Określając zakres praw i obowiązków stron przyszłej umowy, przy wykorzystaniu uprzywilejowanej pozycji jaką daje zamawiającemu pozycja autora projektu umowy adhezyjnej, z naruszeniem zasady symetrii wzajemnych praw i obowiązków stron umowy cywilnoprawnej, nie uwzględniając zakazu kształtowania treści stosunku prawnego sprzecznie z właściwością (naturą) tego stosunku, zamawiający naruszył szereg przepisów prawa, szczegółowo wymienionych przez odwołującego w komparycji odwołania. Zarzuty odwołującego trafnie opisują dokonane przez zamawiającego naruszenia, zaś żądania odwołania zmierzają do przywrócenia zasady równości stron przyszłej umowy i są zgodne z celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.
W interesie prawnym przystępującego leży, aby żądania zgłoszonego odwołania zostały w całości uwzględnione. Przystępujący zamierza złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Utrzymanie obecnej treści §3 ust. 1 Wzoru Aktu Umowy, Subkl.1.1.76 Danych Kontraktowych oraz wszelkich innych postanowień SWZ regulujących termin realizacji Odcinka 1A, a także Subkl. 1.1.106 i 8.14 Danych Kontraktowych oraz wszelkich innych postanowień SWZ regulujących termin realizacji Kamienia Milowego nr 3), przy oddaleniu żądań odwołania, spowoduje, że przystępujący może być pozbawiony możliwości wyceny i sporządzenia oferty, a przez to także jej złożenia. Natomiast w przypadku, gdyby oferta została jednak złożona - w razie wybrania oferty przystępującego, będzie on zobligowany do zawarcia umowy, której treść będzie – z pokrzywdzeniem interesu prawnego przystępującego – naruszała przepisy ustawy i Kodeksu cywilnego.
W dniu 21 sierpnia 2024 r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił swój udział wykonawca Budimex SA z siedzibą w Warszawie, ul. Siedmiogrodzka 9.
Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 15 czerwca 2021 r. udzielonego przez dwóch członków zarządu. Do zgłoszenia dołączono dowody jego przekazania stronom. Wniósł o uwzględnienie odwołania w całości jako w pełni zasadnego.
Przystępujący jako podmiot, który jest zainteresowany udziałem w przedmiotowym postępowaniu i złożeniem oferty, posiada interes w przystąpieniu do niniejszego postępowania odwoławczego i rozstrzygnięciu uwzględniającym odwołanie. W przypadku uwzględnienia zarzutów odwołującego możliwe będzie przeprowadzenie postępowania zgodnie w zasadami wyrażonymi w ustawie oraz przepisami Kodeksu Cywilnego, a także złożenie przez przystępującego ważnej i niepodlegającej odrzuceniu oferty. Gdyby zaś zapadłe rozstrzygnięcie było odmienne od wnioskowanego, doprowadziłoby to do usankcjonowania naruszeń, których dopuścił się zamawiający w tym postępowaniu, a w sytuacji uzyskania zamówienia przez jednego z wykonawców, zobowiązany będzie on do zawarcia umowy pozostającej w sprzeczności z powszechnymi przepisami prawa.
Ponadto wskazania wymaga, że interes przystępującego w przystąpieniu do postępowania odwoławczego przejawia się już w samym zainteresowaniu wynikiem danej sprawy odwoławczej. W tym kontekście przystępujący wskazał m.in. na stanowisko KIO wyrażone w wyroku z dnia 20 stycznia 2014 r. (sygn. akt KIO 5/14).

W uzasadnieniu wniosku o uwzględnienie odwołania przystępujący podkreślił, że uwzględnienie odwołania jest zasadne, gdyż postanowienia Specyfikacji Warunków Zamówienia w obecnym kształcie (w zakresie opisanym w odwołaniu)naruszają bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa. Zamawiający w sposób sprzeczny z przepisami wykorzystał pozycję gospodarza postępowania, poprzez skonstruowanie postanowień dokumentacji wbrew właściwości stosunku prawnego. Przystępujący popiera zarzuty podniesione przez odwołującego dotyczące ukształtowania postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia w sposób wadliwy (m.in. przez ustalenie terminu realizacji Odcinka 1A oraz terminu wykonania Kamienia Milowego nr 3).

W dniu 21 sierpnia 2024 r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił swój udział wykonawca Aldesa Construcciones Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Wołoska 5

Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 21 czerwca 2023 r. udzielonego pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 7 kwietnia 2023 r. udzielonego przez prezesa zarządu. Do zgłoszenia dołączono dowody jego przekazania stronom. Przystępujący wskazał, że jest doświadczonym wykonawcą w budowowie infrastruktury drogowej w Polsce i na świecie oraz jest zainteresowany złożeniem oferty w przedmiotowym postępowaniu, w związku z czym posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje.

Przystępujący w pełni popiera wszelkie zarzuty podniesione przez Odwołującego, a szczegółową argumentację przedstawi podczas rozprawy

W dniu 22 sierpnia 2024 r. NDI spółka akcyjna z siedzibą w Sopocie, ul. Powstańców Warszawy 19 zgłosił swój udział w postępowaniu odwoławczym po stronie odwołującego. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 13 sierpnia 2024 r. udzielonego przez prezesa zarządu. Do zgłoszenia dołaczono dowody jego przekazania stronom.

Przystępujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego, albowiem przystępujący zamierza ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego, jednakże z uwagi na sformułowanie treści SWZ, w tym Wzoru Aktu Umowy w zakresie wskazanym szczegółowo w odwołaniu - uniemożliwia prawidłowy udział w przedmiotowym postępowaniu i skalkulowanie konkurencyjnej oferty.

Przystępujący podziela stanowisko odwołującego, że zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na czas konieczny do ich realizacji, a niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia. Termin realizacji Odcinka 1A oraz termin wykonania Kamienia Milowego 3 powinien zostać zmieniony zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu.

NDI podniósł, iż rozstrzygnięcie w tym postępowaniu wywrze skutek w sferze prawnej przystępującego. Podobnie jak wnoszący odwołanie, przystępujący wskazuje, iż wobec postępowania zamawiającego, przy zachowaniu skarżonej treści SWZ naruszającej przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych i wskazane w odwołaniu przepisy KC, interes prawny przystępującego doznaje uszczerbku.

Powołał wyrok z dnia 15 stycznia 2013 r. (sygn. akt KIO 2933/12).

Sposób rozstrzygnięcia przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania wniesionego przez odwołującego w bezpośredni sposób wpłynie na sytuację przystępującego. Niezgodne z przepisami czynności zamawiającego opisane szczegółowo przez STRABAG w odwołaniu, uniemożliwiają przystępującemu złożenie prawidłowej i konkurencyjnej oferty. Z kolei uwzględnienie odwołania i nakazanie przez Krajową Izbę Odwoławczą dokonania zmiany ww. postanowień SWZ zgodnie z wnioskami odwołania pozwoli przystępującemu na złożenie oferty i ostatecznie ewentualnie uzyskanie zamówienia.

Interes przystępującego w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego wyraża się także w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia, w którym będzie uczestniczył przystępujący, było prowadzone w sposób prawidłowy, zgodny z obowiązującymi przepisami ustawy.

W dniu 23 sierpnia 2024 r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił swój udział wykonawca PORR SA z siedzibą w Warszawie, ul. Hołubcowa 123 wnosząc o uwzględnienie odwołania. Zgłoszenie zostało wniesione przez dwóch prokurentów. Do zgłoszenia dołączono dowody jego przekazania stronom.

Przystępujący stwierdził, że posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego.

Przystępujący jest przedsiębiorcą zajmującym się m.in. realizacją inwestycji drogowych i zamierza złożyć ofertę w niniejszym postępowaniu. W przypadku złożenia atrakcyjnej pod względem cenowym i jakościowym oferty przystępujący ma realną możliwość uzyskania niniejszego zamówienia publicznego. Jednak wskutek działań zamawiającego, odwołujący może ponieść szkodę w postaci braku możliwości złożenia oferty.

Zamawiający sformułował bowiem postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, w sposób naruszający przepisy ustawy oraz przepisy Kodeksu cywilnego. Zamawiający ustalił bowiem zbyt krótkie i niemożliwe do dotrzymania terminy wykonania odcinka 1A oraz Kamienia milowego nr 3. Ustalone terminy realizacyjne nie uwzględniają wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na czas realizacji tych robót.

W konsekwencji działanie zamawiającego narusza art. 353^1 k.c. Powoduje bowiem istotną dysproporcję uprawnień i

obowiązków stron umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jednocześnie może w sposób znaczący (w oderwaniu od opisu przedmiotu zamówienia) wpłynąć na wynik postępowania, z uwagi na odmienny sposób wyceny ryzyka poniesienia kar umownych z tytułu zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy przez poszczególnych wykonawców.
Natomiast obowiązkiem zamawiającego jest formułowanie postanowień przyszłej umowy i treści SWZ w sposób, który nie ogranicza kręgu potencjalnych wykonawców oraz umożliwia osiągnięcie korzystnych cenowo ofert. Celom tym nie służy przerzucanie ryzyka kontraktowego na wykonawcę, jak to czyni zamawiający w tym postępowaniu.
W dniu 23 sierpnia 2024 r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił swój udział wykonawca FABE POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Cybernetyki 19B.
Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 22 stycznia 2024 r. udzielonego przez prezesa zarządu. Do zgłoszenia dołączono dowody jego przekazania stronom.
Wniósł o uwzględnienie odwołania.
Przystępujący jako podmiot świadczący usługi w zakresie robót infrastrukturalnych i hydrotechnicznych i jest zainteresowany udziałem w niniejszym postępowaniu i realizacją zamówienia publicznego. Aktualne brzmienie opisu przedmiotu zamówienia (OPZ) i Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) w zakresie, o którym mowa w odwołaniu znacznie utrudnia lub wręcz uniemożliwia złożenie w pełni prawidłowej i konkurencyjnej oferty, a ewentualne uwzględnienie zarzutów odwołania spowoduje zmiany treści OPZ i SWZ korzystne z punktu widzenia wykonawcy wyłonionego do realizacji przedmiotowego zamówienia. Interes przystępującego w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego jest zatem bezpośrednim interesem w zakresie umożliwienia ubiegania się o udzielenie zamówienia, a co za tym idzie wiąże się z potencjalną wymierną korzyścią ekonomiczną z tytułu realizacji zadania. Przystępujący jest zatem zainteresowany samym wynikiem sprawy, mającym wpływ na możliwość złożenia przez niego oferty w postępowaniu, a w przypadku jej wyboru, na same warunki realizacji zamówienia. Interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego w przedstawionych okolicznościach sprawy jawi się zatem jako oczywisty.
Przystępujący poparł wskazane przez odwołującego zarzuty opisane powyżej i zgodził się z argumentacją, że wskazane czynności zamawiającego i ukształtowanie treści OPZ i SWZ należy uznać za niezgodne z obowiązującymi przepisami.
Przystępujący zastrzegł możliwość zajęcia bardziej szczegółowego stanowiska w sprawie na piśmie.
W dniu 29 sierpnia 2024 r. odwołujący złożył oświadczenie o wycofaniu odwołania w całości.

Izba zważyła, co następuje:

Izba dopuściła wykonawców przystępujących po stronie odwołującego w charakterze uczestników postępowania.
Odwołujący jednoznacznie i wyraźnie oświadczył, że cofa odwołanie w całości. Taki stan faktyczny nadaje się do subsumpcji pod normę prawną art. 520 ust. 1 i 2 ustawy, które stanowią, że odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy i cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby. W tym stanie rzeczy Izba wydała postanowienie o umorzeniu postępowania, działając na podstawie art. 568 ust. 1 ustawy.
O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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) na podstawie par. 9 ust. 1 pkt. 3 lit a cyt. rozporządzenia nakazując zwrot odwołującemu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 90% uiszczonego wpisu.
Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:…….