

POSTANOWENIE
z dnia 11 czerwca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Joanna Gawdzik - Zawalska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 11 czerwca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie w dniu 27 maja 2024 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia

STRABAG Sp. z o.o. w Pruszkowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku w którym przystąpienie po stronie odwołującego zgłosił wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia

Firma Budowlano-Drogowa MTM SA w Gdyni

postanawia:

1. Umorzyć postępowanie odwoławcze

2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego kwoty **20 000 zł 00 gr.** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 580 ust. 1 oraz ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku (ul. Mostowa 11A, 80 – 778 Gdańsk) (dalej Zamawiający) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U.2023.1605 z późn. zm.) (dalej Ustawa lub Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa obwodnicy Kartuz - etap II” (znak sprawy: 18/WZP/2024/PN/WRI). Data ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 15.03.2024 r., nr 159117-2024 (numer wydania Dz. U.S: 54/2024) (dalej: Postępowanie). Zasady, warunki, kryteria ocen, opis przedmiotu zamówienia i postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego określa Specyfikacja Warunków Zamówienia (dalej SWZ).

W dniu 27 maja 2024 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wniósł wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego STRABAG Sp. z o.o. (ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków) (dalej Odwołujący).

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie odwołującego zgłosił wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia Firma Budowlano-Drogowa MTM SA (ul. Hutnicza 35, 81-061 Gdynia).

Odwołanie wniesiono wobec niezgodnych z Pzp czynności Zamawiającego polegających na:

> ukształtowaniu i modyfikacji treści SWZ w sposób sprzeczny z przepisami Pzp oraz Kodeksu cywilnego (dalej „kc”) przez udzielenie w dniu 17.05.2024 r. wyjaśnień SWZ w ramach odpowiedzi na pytania nr 143 oraz 144 do treści SWZ (w dokumencie „Zapytania nr 5”, który Zamawiający opatrzył adnotacją „Aneks nr 10 do SWZ”);

> udzieleniu w dniu 17.05.2024 r. niejednoznacznych odpowiedzi na pytania wykonawców nr 143 i 144, które doprowadziły do faktycznej zmiany treści SWZ w sposób umożliwiający dowolną interpretację postanowień SWZ oraz wykluczającą złożenie przez wykonawców porównywalnych ofert;

> opisaniu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niedokładny wskutek udzielenia w dniu 17.05.2024 r. niejednoznacznych, niewyczerpujących odpowiedzi na pytania wykonawców nr 143 i 144;

> zaniechaniu przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w sposób umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji i wypełnienie obowiązków Inwestora związanych z przygotowaniem postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 99 ust. 1 i 4 Pzp w zw. z art. 433 pkt 3) Pzp oraz art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 3531 kc i art. 5 kc, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w następstwie odpowiedzi udzielonej na pytanie nr 143 w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, uniemożliwiający jednoznaczne określenie rodzaju i zakresu robót objętych przedmiotem zamówienia oraz uwarunkowań ich wykonywania, a także wykorzystanie dominującej pozycji organizatora

przetargu polegające na dopuszczeniu dokonania przez wykonawców oferty ramach ofert składanych w Postępowaniu optymalizacji rozwiązań projektowych objętych dokumentacją przetargową w zakresie branży geotechnicznej i zaproponowania przez wykonawców wykonania ww. prac w technologii innej niż wskazana w dokumentacji przetargowej pod warunkiem uzyskania odpowiednich parametrów, w sytuacji gdy Zamawiający nie określił zamkniętego i wyczerpującego katalogu tych parametrów, co świadczy o dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który nie uwzględnia wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i skutkować będzie nieporównywalnością ofert złożonych w tym Postępowaniu i w dalszej kolejności naruszeniem art. 16 pkt 1) i 2) Pzp;

2)art. 99 ust. 1 i 4 Pzp, art. 433 pkt 3) Pzp oraz art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353/1 kc, art. 647 kc i art. 5 kc poprzez ukształtowanie treści SWZ i dokonanie opisu przedmiotu zamówienia na skutek udzielonej przez Zamawiającego odpowiedzi na pytanie nr 143 w sposób niejednoznaczny jednocześnie bezpodstawnie przerzucając na wykonawcę odpowiedzialność za wszelkie ewentualnych ryzyka (w tym finansowe i terminowe) w razie dokonania optymalizacji rozwiązań projektowych robót branży geotechnicznej tj. zaproponowania przez wykonawcę wykonania ww. prac w technologii innej niż wskazana w dokumentacji przetargowej, w sytuacji gdy nie sprecyzowano zakresu tych ryzyk, co uniemożliwia Odwołującemu skalkulowanie ceny oferty w sposób prawidłowy i skutkować będzie nieporównywalnością ofert złożonych w tym Postępowaniu, a w dalszej kolejności naruszeniem art. 16 pkt 1) i 2) Pzp;

3)art. 99 ust. 1 i 4 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353/1 kc i art. 58 § 2 kc poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia na skutek udzielonej odpowiedzi na pytanie nr 143 w sposób naruszający naturę stosunku zobowiązaniowego i wbrew zasadom współzycia społecznego (a w szczególności zasadom lojalności kontraktowej) w ten sposób, że Zamawiający wykorzystując swoją dominującą pozycję jako gospodarza Postępowania i autora projektowanych postanowień umownych przyznał sobie możliwość arbitralnego kształtowania zakresu świadczenia wykonawcy w części dotyczącej robót branży geotechnicznej poprzez przyznanie sobie i Projektantowi niczym nieograniczonego uprawnienia na etapie realizacji umowy do odmowy akceptacji rozwiązań optymalizacyjnych przyjętych przez wykonawcę na etapie przygotowania oferty, czym Zamawiający w ww. zakresie wykreował stosunek nadrzędności względem wykonawcy;

4)art. 99 ust. 1 i 4 Pzp i art. 433 pkt 3) Pzp oraz art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353/1 kc, art. 647 kc i art. 58 § 2 kc poprzez ukształtowanie SWZ w drodze odpowiedzi na pytanie nr 144 w arbitralny i niedozwolony sposób wynikający z wykorzystania dominującej pozycji Zamawiającego jako organizatora Postępowania i autora projektowanych postanowień umowy, polegający na przeniesieniu na wykonawcę wszelkich ryzyk związanych z wystąpieniem warunków gruntowych odmiennych w stosunku do przedłożonej w Postępowaniu dokumentacji geologiczno - inżynierskiej (a więc również ryzyk, których wykonawca nie jest w stanie skwantyfikować na etapie przygotowania oferty) i w następstwie tego wykluczenie ww. okoliczności (tj. wystąpienia odmiennych warunków gruntowych) jako okoliczności uprawniającej do zmiany wynagrodzenia umownego w sytuacji, gdy za prawidłowość ww. dokumentacji wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający, jako podmiot odpowiedzialny za jej dostarczenie,

a w konsekwencji ww. zarzutów

5)art. 16 pkt 1 i 2 Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a to przez zaniechanie przygotowania i prowadzenia Postępowania z należytą starannością, w sposób umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji i wypełnienie obowiązków Zamawiającego związanych z przygotowaniem postępowania, a tym samym uniemożliwienie wykonawcom ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia złożenia porównywalnych ofert.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności udzielenia odpowiedzi na pytania nr 143 i 144;

2) powtórzenie czynności udzielenia odpowiedzi na pytanie nr 143 w ramach której Zamawiający dopuszczając optymalizację rozwiązań projektowych objętych dokumentacją przetargową w zakresie robót branży geotechnicznej (w tym kompleksowego wykonania wzmocnienia podłoża (doprowadzenie do G1) oraz warstw ulepszanego podłoża; kompleksowego wykonania zabezpieczenia skarp nasypu oraz kompleksowego wykonania zabezpieczenia skarp wykopu) i wykonanie powyższych robót w zaproponowanej przez wykonawcę technologii (innej niż wskazanej w dokumentacji przetargowej) dokona opisu przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z pzp (a więc dokona zmian w treści SWZ, które spowodują usunięcie naruszeń wskazanych w petitum odwołania), w tym:

a) wskaże wyczerpujący i zamknięty katalog parametrów, które powinno spełniać zaproponowane przez wykonawcę rozwiązanie optymalizacyjne, względnie ograniczy i sprecyzuje parametry Stanu Granicznego Użytkowości (dalej

„SGU”) i Stanu Granicznego Nośności (dalej „SGN”) wraz z podaniem wartości granicznych oraz norm lub innych wytycznych na podstawie których będą one określone;

b) wskaże katalog obiektywnych przesłanek, których zaistnienie mogłoby uzasadniać brak zgody Zamawiającego na prowadzenie robót branży geotechnicznej zgodnie z optymalizacją rozwiązań projektowych przyjętą na etapie wyceny i złożenia oferty;

względnie

c) wskaże katalog obiektywnych przesłanek warunkujących wdrożenie optymalizacji rozwiązań projektowych przyjętych na etapie sporządzenia oferty np. w drodze przedstawienia na etapie realizacji robót sporządzonego przez projektanta posiadającego stosowne uprawnienia projektu wykonawczego uwzględniającego przyjętą technologię i zapewniającego spełnienie sprecyzowanych warunków SGN i SGU wraz z określeniem norm lub innych wytycznych na podstawie których będą one określone;

3) powtórzenie czynności udzielenia odpowiedzi na pytanie nr 144, w ramach której Zamawiający dokona opisu przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z przepisami prawa (a więc dokona zmian w treści SWZ, które spowodują usunięcie naruszeń wskazanych w petitum odwołania), potwierdzający przy tym, że w przypadku występowania warunków gruntowych, odmiennych od przedstawionych w dokumentacji geologiczno – inżynierskiej i konieczności wykonania w związku z tym robót dodatkowych i/lub zamiennych, Wykonawcy będzie przysługiwało dodatkowe wynagrodzenie na zasadach wynikających z projektowanych postanowień umowy;

4) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian w treści SWZ, które spowodują usunięcie naruszeń przepisów prawa wskazanych w odwołaniu.

Pismem z dnia 7 czerwca 2024 r. działając na podstawie art. 522 ust. 1 Pzp Zamawiający w całości uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu z dnia 27 maja 2024 r.

Izba stwierdziła, iż w świetle oświadczeń procesowych stron zachodzi podstawa do umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie z art. 522 ust. 1 Ustawy.

Na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Ustawy, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody z uwagi na kwestionowane czynności Zamawiającego. Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Ustawy. Wobec stanowiska Zamawiającego Izba stwierdziła, że zachodzi podstawa do umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt. 3) w zw. z art. 522 ust. 1 Pzp wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu i nie zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę po stronie zamawiającego, w którym to przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Orzekając o kosztach w oparciu o przepisy § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a) 2437), Izba nakazała zwrócić na rzecz Odwołującego kwotę wpisu uiszczonego w pełnej wysokości.

Przewodniczący: