

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 17 stycznia 2025 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 grudnia 2024 roku przez wykonawcę Korporacja Budowlana DORACO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, ul. Opacka 12 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Agencja Rozwoju Przemysłu Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Nowy Świat 6/12

Uczestnik po stronie odwołującego:

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 (osiemnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu odwołującemu 90 % uiszczonego wpisu,
3. nakazać zwrot od odwołującego wykonawcy Korporacja Budowlana DORACO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, ul. Opacka 12 na rzecz zamawiającego - Agencja Rozwoju Przemysłu Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Nowy Świat 6/12 kwoty 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu wydatków poniesionych przez pełnomocnika zamawiającego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt KIO 4818/24

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie dialogu konkurencyjnego na „Budowa Nabrzeża Trawlerowego oraz placów odkładczych na terenie Wyspy Ostrów w Gdańsku” ogłoszono ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2024/S 213-662899 w dniu 31 października 2024 roku

16 grudnia 2024 r., zamawiający opublikował ogłoszenie o zmianie ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (numer publikacji ogłoszenia: 766896-2024) oraz udostępnił dokument o nazwie „Wyjaśnienia oraz zmiana treści Opisu Potrzeb i Wymagań (OPiW)”.

20 grudnia 2024 r. Korporacja Budowlana DORACO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, ul. Opacka 12 wniosła odwołanie przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z 8 listopada 2024 r. udzielonego przez pełnomocnika na podstawie pełnomocnictwa z 2 września 2024 udzielonego przez dwóch członków zarządu. Do odwołania dołączono dowód jego przekazania zamawiającemu oraz dowód uiszczenia wpisu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisu art. 16 pkt 1 i 3 ustawy w zw. z art. 112 ust. 1 ustawy w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy – przez zmianę brzmienia zapisu w Rozdziale X pkt 2 ppkt. 2 lit. b) OPiW oraz analogicznie w ogłoszeniu o zamówieniu, dotyczącego wymogu w zakresie określenia warunków udziału w postępowaniu, dotyczących zdolności technicznych lub zawodowych wykonawcy, w następujący sposób: wykreślenie możliwości legitymowania się „5 letnim doświadczeniem zawodowym w pełnieniu samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie”, zastępując ją koniecznością legitymowania się „5 letnim doświadczeniem zawodowym w pełnieniu funkcji kierownika budowy”, mimo że tak sformułowany warunek jest warunkiem zbyt rygorystycznym, sztucznie zawężającym konkurencję i nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia.

Wniósł :

1. uwzględnienie odwołania;
2. nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany w Rozdziale X pkt 2 ppkt. 2 lit. b) OPiW oraz analogicznie w ogłoszeniu o zamówieniu, wymogu w zakresie określenia warunków udziału w postępowaniu, dotyczących zdolności technicznych lub zawodowych wykonawcy, w następujący sposób:
1 (jedną) osobą przewidzianą na stanowisko Kierownika budowy posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności inżynierskiej hydrotechnicznej i co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego w pełnieniu samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (...);

Lub:

1 (jedną) osobą przewidzianą na stanowisko Kierownika budowy posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności inżynierskiej hydrotechnicznej i co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego w pełnieniu funkcji kierownika budowy lub kierownika robót (...);

3.obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący oświadczył, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia publicznego oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia w postępowaniu organizowanym przez zamawiającego. Jednak na skutek nieprawidłowości po stronie zamawiającego, a w szczególności sztucznego zawężania konkurencji, odwołujący utracił realną możliwość pozyskania wskazanego zamówienia. Naruszenie przez zamawiającego wskazanych powyżej przepisów ustawy ma istotny wpływ na wynik postępowania, bowiem gdyby zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu w sposób niedyskryminacyjny, odwołujący spełniałby wskazane warunki udziału w postępowaniu, a zatem miałby możliwość złożenia oferty na wykonanie zamówienia i uzyskania tegoż zamówienia – tym bardziej, że mając na uwadze pierwotną wersję zaskarżonego warunku udziału w postępowaniu, odwołujący mógł złożyć konkurencyjną ofertę. W konsekwencji odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia polega na tym, że zamierza złożyć ofertę w tym postępowaniu, a w przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania odwołujący będzie miał sposobność ubiegania się o udzielenie zamówienia. Z kolei naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy może wyrządzić odwołującemu szkodę w postaci utraconych korzyści, albowiem sformułowanie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych wykonawcy w kontekście wymaganego doświadczenia zarówno wykonawcy, stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji.

20 grudnia 2024 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

23 grudnia 2024 r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił się wykonawca FABE POLSKA Spzoo z siedzibą w Warszawie, ul. Cybernetyki 19B wnosząc o uwzględnienie odwołania.

Przystępujący wskazał, że jest zainteresowany złożeniem oferty w postępowaniu, tym niemniej z uwagi na uchybienia przepisom ustawy podniesione przez odwołującego w odwołaniu, powyższe nie będzie możliwe lub będzie utrudnione. Tym samym przystępujący posiada interes, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy.

Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z 22 stycznia 2024 r. udzielonego przez prezesa zarządu. Do zgłoszenia dołączono dowody jego przekazania stronom.

8 stycznia 2025 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości. Zamawiający podkreślił, że wymóg posiadania doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika budowy, a nie kierownika robót czy innych samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, wynika z kluczowego znaczenia tej roli w kontekście realizacji przedmiotowego zamówienia.

Kierownik budowy jest osobą odpowiedzialną za całościową organizację, koordynację i nadzór nad realizacją inwestycji, w tym również za zgodność wykonania prac z projektem i przepisami prawa. Funkcja ta wymaga wysokiego poziomu kompetencji oraz doświadczenia, które nie zawsze może być równoważne z wąsko wyspecjalizowanym doświadczeniem zdobytym na innych stanowiskach, takich jak kierownik robót.

Zamawiający w ramach udzielanych wyjaśnień, celem uniknięcia odwołań na kolejnych etapach postępowania związanych z rozbieżną interpretacją pojęć, doprecyzował swe oczekiwania w zakresie wymaganego doświadczenia od osoby pełniącej funkcję Kierownika Budowy. Dotychczasowe brzmienie warunku dotyczącego ww. funkcji wskazywało na wymóg posiadania minimum 5 letniego doświadczenia w pełnieniu samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie. Zatem pozostawienie takiego zapisu skutkowałoby koniecznością uznania za wystarczające doświadczenia nabytego np. na stanowisku majstra budowlanego (na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów Prawa budowlanego) lub na innych stanowiskach takich jak projektant, inspektor nadzoru lub kierownik robót. X

17 stycznia 2025 r. odwołujący złożył oświadczenie o wycofaniu odwołania w całości.

Termin posiedzenia z udziałem stron był wyznaczony na 17 stycznia 2025 r.

Rozważania KIO:

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła FABE POLSKA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Cybernetyki 19B w charakterze uczestnika postępowania.

Postępowanie należy umorzyć.

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 KIO. W tym stanie rzeczy KIO wydała postanowienie o umorzeniu postępowania, działając na

podstawie art. 568 ust. 1 ustawy.

Oświadczenie o wycofaniu odwołania stanowi czynność dyspozytywną wnoszącego odwołanie. Wycofanie odwołania wywołuje taki skutek jakby odwołanie nigdy nie było wniesione.

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 b cyt. rozporządzenia nakazując zwrot odwołującemu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 90% uiszczonego wpisu oraz zasądzając od odwołującego na rzecz zamawiającego zwrot wydatków pełnomocnika zamawiającego na podstawie złożonej faktury VAT z ograniczeniem do kwoty maksymalnej dopuszczanej przez rozporządzenie.

Przewodnicząca:.....