Sygn. akt: KIO 658/25

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 11 marca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Elżbieta Dobrenko
Przemysław Dzierzędzki
Danuta Dziubińska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 11 marca 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lutego 2025 r. przez wykonawcę ZUE Spółka Akcyjna
z siedzibą w Krakowie
w postępowaniu prowadzonym przez Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie przy udziale wykonawcy SPAW-TOR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Krakowie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

postanawia:

1.umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. znieść wzajemnie koszty postępowania odwoławczego i nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty20 000,00 zł (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy ZUE Spółka Akcyjna
z siedzibą w Krakowie, stanowiącej wpis 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:……..……
……..
……..

Sygn. akt: KIO 658/25

U Z A S A D N I E N I E

Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowię dalej: „*zamawiający*" prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest: „Wykonanie przebudowy toru obwodowego nr 28 zgodnie z opracowaną dokumentacją w Stacji Obsługi Tramwajów Pogórze TT ul. Jana Brożka 3 w Krakowie", dalej: „*postępowanie*".
Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 93875-2025w dniu 12 lutego 2025 r.
24 lutego 2025 r. wykonawca ZUE Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, dalej: *„odwołujący*" wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności zamawiającego, polegających na niezgodnym z przepisami ustawy sformułowaniu postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia, w tym takim sformułowaniu poszczególnych postanowień SWZ, które są – w zakresie opisu przedmiotu zamówienia – niejednoznaczne, jak i jednocześnie wewnętrznie sprzeczne (w tym dokonywanie opisu za pomocą dokumentów sprzecznych
z projektem budowlanym), jak i są skonstruowane w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie na produkty dostarczane przez konkretnego wykonawcę, a w związku z powyższymi na wprowadzenie terminów realizacji części prac (dotyczących rozjazdów) w sposób niemożliwy do wykonania, jak i – w zakresie warunków udziału w postępowaniu – sformułowaniu warunku udziału w postępowaniu w SWZ, jak
i w ogłoszeniu o zamówienie, w sposób nadmierny i nieproporcjonalny.
Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 99 ust. 1 PZP w związku z art. 362 pkt 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 PZP przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny – jak i jednocześnie wewnętrznie sprzeczny – w zakresie, w jakim zamawiający wymaga wykonania prac zgodnie z projektem budowlanym załączonym do SWZ, a jednocześnie wprowadza do dokumentacji zamówienia odrębne dokumenty, sprzeczne z wymogami wynikającymi
z projektu budowlanego, dotyczące wykonania konstrukcji rozjazdów w prefabrykowanej płycie betonowej, podczas gdy Zamawiający powinien był dokonać opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny, nie wprowadzając dokumentów (wymogów) ze sobą sprzecznych,

2)art. 103 ust. 1 PZP w związku z art. 362 pkt 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 PZP w zw. z § 4 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju i Technologii w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego z dnia 20 grudnia 2021 r. oraz § 10 ust. 1 rozporządzenia z dnia 11 września 2020 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia za pomocą m.in. rys. 7 i 8 stanowiących część załącznika nr 13 zatytułowanego „Dokumentacja torowa – rysunki do projektu budowlanego", które nie stanowią części projektu budowlanego, pozostając z nim w sprzeczności, podczas gdy w przypadku robót budowlanych wymagane jest, aby opis przedmiotu zamówienia był dokonywany za pomocą dokumentacji projektowej, a więc w przypadku zamówień na roboty budowlane w konwencji „buduj" – projektu budowlanego, a tym samym inne dokumenty dołączone do opisu przedmiotu zamówienia (rys. 7 i 8) nie mogą pozostawać z nim w sprzeczności,

3)art. 99 ust. 4 PZP w związku z art. 362 pkt 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 PZP przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, w związku z dołączeniem do dokumentacji postępowania rozwiązań pochodzących wyłącznie od jednego wykonawcy (producenta), podczas gdy zamawiający powinien dokonać opisu przedmiotu zamówienia w sposób nienaruszający uczciwej konkurencji,

4)art. 387 § 1 KC w związku z art. 8 ust. 1 PZP w zw. z rozdział II pkt 3.8.2.2 i 3.8.2.5 SWZ oraz rozdział II pkt 3.8.4.2 i 3.8.4.5 SWZ oraz w zw. z §12 pkt 7.1.2.2 i 7.1.2.5 oraz 7.1.4.2 i 7.1.4.5 załącznika nr 4 do SWZ „projektowane postanowienia umowy" przez wprowadzenie nierealnego w związku z wynikającą z projektu budowlanego technologią – czasu na wykonanie prac związanych z zabudową zwrotnic,

5)art. 112 ust. 1 PZP w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4 PZP w związku z art. 362 pkt 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP w związku z rozdziałem VII pkt 1.4.1 b SWZ, jak i pkt 5.1.9 ogłoszenia o zamówieniu przez wprowadzenie wymogu nieproporcjonalnego, w tym naruszającego uczciwą konkurencję, wykluczającego z udziału w postępowaniu wykonawcę, który posiada odpowiednie doświadczenie do wykonania prac, w związku z wprowadzeniem wymogu, aby wykonawca wykazał wykonanie jednego rozjazdu na płycie prefabrykowanej, podczas gdy wykonawcy, którzy mają doświadczenie w wykonaniu rozjazdów na płycie betonowej wylewanej na mokro („na miejscu") tym bardziej są w stanie wykonać rozjazd w płycie prefabrykowanej.

Nieproporcjonalność i naruszenie uczciwej konkurencji przejawiają się w żądaniu doświadczenia w realizacji wykonania jednego rozjazdu na pycie prefabrykowanej, podczas gdy wykonawcy, którzy mają doświadczenie w wykonaniu rozjazdów na płycie betonowej wylewanej na mokro mają wystarczające doświadczenie do wykonania prac polegających również na wykonaniu rozjazdu na płycie prefabrykowanej, ewentualnie wykonawcy, którzy mają doświadczenie w wykonywaniu torowiska z płyt prefabrykowanych mają wystarczające doświadczenie do wykonania rozjazdu na płycie prefabrykowanej (w ogóle abstrahując w tym miejscu od tego, że dodatkowe wymogi związane z doświadczeniem w zakresie prac dotyczących rozjazdu wykonanego na płycie prefabrykowanej pozostają w sprzeczności z tym co wynika z dokumentacji zamówienia.

Odwołujący wniósł o:

1.merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą niniejszego odwołania i jego uwzględnienie,

2.nakazanie zamawiającemu usunięcia niezgodnych z przepisami ustawy postanowień SWZ, a więc o usunięcie z dokumentacji postępowania dokumentów stanowiących rysunki nr 7 i 8, które zostały ujęte w załączniku nr 13 do SWZ pn. „Dokumentacja torowa – rysunki do projektu budowlanego", które to rysunki pozostają w sprzeczności z dokumentacją projektową – tj. Projektem budowlanym – jego częścią opisową – stanowiącą załącznik nr 12 do SWZ, jak i pozostają w sprzeczności z rys. 3.1, 3.2, 3.3, które zostały ujęte w załączniku nr 13 do SWZ pn. „Dokumentacja torowa – rysunki do projektu budowlanego"

3.nakazanie zamawiającemu usunięcia słowa „prefabrykowanej" z warunku udziału w postępowaniu wskazanym w rozdziale VII pkt 1.4.1 lit. b SWZ (pkt 5.1.9 ogłoszenia)

4.nakazanie zamawiającemu usunięcia nierealnych (niemożliwych) terminów – niezgodnych z technologią wykonania prac wynikających z projektu budowlanego – a wskazanych w rozdziale II pkt 3.8.2.2 i 3.8.2.5 SWZ oraz rozdziale II pkt 3.8.4.2 i 3.8.4.5 SWZ, a następnie odpowiednio powtórzonych w §12 pkt 7.1.2.2 i 7.1.2.5 oraz 7.1.4.2 i 7.1.4.5 załącznika nr 4 do SWZ „projektowane postanowienia umowy" i zastąpienie ich terminami realnymi wedle przyjętej w projekcie budowlanym technologii wykonania rozjazdów „na mokro", a więc w szczególności uwzględniających czas wiązania betonu,

5.zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania wedle norm przepisanych

– celem doprowadzenia SWZ do jej zgodności z przepisami ustawy.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołanie nie zawierało braków formalnych, został uiszczony od niego wpis, nie zaistniały również przesłanki określone w art. 528 ustawy Pzp, których skutkiem byłoby odrzucenie odwołania.

Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie odwołującego zgłosił wykonawca SPAW-TOR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa
z siedzibą w Krakowie.

Zgłoszenie przystąpienia spełniało warunki określone w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący w piśmie z 24 lutego 2025 r., cofnął odwołanie w zakresie zarzutów nr 1-4 oraz wniósł o umorzenie postępowania, na podstawie art. 522 ust. 3 ustawy Pzp, mając na uwadze cofnięcie odwołania w zakresie zarzutów nr 1-4, jak i okoliczność, iż w odniesieniu do zarzutu nr 5 nastąpiło wykonanie przez zamawiającego czynności, zgodnie z żądaniem Odwołującego.

W odpowiedzi na odwołanie – piśmie z 6 marca 2025 r. zamawiający wniósł o umorzenie postępowania:

1)w odniesieniu do zarzutów nr 1-4, na podstawie art. 568 pkt 1) Pzp, wobec cofnięcia odwołania przez odwołującego;

2) w odniesieniu do zarzutu nr 5, na podstawie art. 568 pkt 2) Pzp ze względu na to, że postępowanie stało się zbędne.

Odnosząc się do zarzutu nr 5, tj. naruszenia art. 112 ust. 1 PZP w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4 PZP w związku z art. 362 pkt 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP w związku z rozdziałem VII pkt 1.4.1 b SWZ, jak i pkt 5.1.9 ogłoszenia o zamówieniu przez wprowadzenie wymogu nieproporcjonalnego, w tym naruszającego uczciwą konkurencję, wykluczającego z udziału
w postępowaniu wykonawcę, który posiada odpowiednie doświadczenie do wykonania prac, zamawiający wskazał, że rozpoznanie zarzutu stało się zbędne z tego powodu, iż zamawiający w dniu 28 lutego 2025 r. zmienił SWZ w zakwestionowanym zakresie.

W pierwotnym brzmieniu punktu VII.1.4.1 SWZ Zamawiający wprowadził warunek w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej poprzez wykazanie wykonania nie wcześniej niż
w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie jednej lub dwóch robót budowlanych na łączną kwotę minimum 5 000 000,00 zł netto (słownie: pięć milionów złotych), prowadzonych każdorazowo w czynnym obiekcie budowlanym, obejmujących:

a)roboty torowe polegające na remoncie lub budowie toru dla pojazdów szynowych wraz
z rozjazdem i siecią trakcyjną,

b)wykonanie jednego rozjazdu na płycie prefabrykowanej w metodzie bezpodsypkowej.

Po zmianie warunek w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (punkt VII pkt 1.4.1) otrzymał nowe brzmienie:

„*1.4.1. wykonanie nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie jednej lub dwóch robót budowlanych na łączną kwotę minimum 5 000 000,00 zł netto (słownie: pięć milionów złotych), prowadzonych każdorazowo w czynnym zakładzie, w którym odbywa się ruch pojazdów szynowych lub autobusowych, obejmujących roboty torowe polegające na remoncie lub budowie toru dla pojazdów szynowych wraz z rozjazdem i siecią trakcyjną.*

Przez zakład czynny rozumie się obiekt, w którym wykonywane są czynności technologiczne oraz odbywa się wzmożony ruch pojazdów szynowych lub pojazdów kołowych."

Zamawiający zrezygnował z wymagania w zakresie wykazania się doświadczeniem
w zakresie wykonania jednego rozjazdu na płycie prefabrykowanej w metodzie bezpodsypkowej. Jednocześnie zamawiający zmodyfikował wymóg prowadzenia robót w czynnym zakładzie zamiast w czynnym obiekcie budowlanym, rozszerzając to pojęcie również na całą przestrzeń, w której odbywają się czynności technologiczne pojazdów szynowych lub autobusowych, nie ograniczając jej wyłącznie do obiektu budowlanego.

Wobec modyfikacji postanowień SWZ zaskarżonych odwołaniem rozpoznawanie odwołania częściowo stało się zbędne, co nie było sporne między stronami. W pozostałym zakresie odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp, *odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy*. Stosownie do art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, *Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.*

Stosownie do art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, *Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne*.

W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp i art. 568 pkt 1 ustawy Pzp oraz na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, postanowiła jak w pkt
1 sentencji.

Izba, mając na uwadze wynik postępowania odwoławczego, stosując odpowiednio przepis
§ 9 ust. 2 w zw. § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie

szczegółowych kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), postanowiła znieść wzajemnie koszty postępowania odwoławczego oraz zwrócić odwołującemu kwotę uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Uwzględniając powyższe, postanowiono jak w sentencji.

Przewodnicząca:……

……

……