

POSTANOWENIE
z dnia 3 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Magdalena Rams

Ewa Sikorska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika w dniu 3 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 lipca 2023 r. przez wykonawcę Hochtief PPP Solutions GmbH z siedzibą w Essen, Niemcy w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Miejską Rumia

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Doraco Investment sp. z o.o., Korporacja Budowlana Doraco sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2136/23 po stronie odwołującego

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,

2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Hochtief PPP Solutions GmbH z siedzibą w Essen, Niemcy kwoty 18 000 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej 90 % uiszczonego wpisu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 wraz ze zm.) 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

Zamawiający: Gmina Miejska Rumia wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie dialogu konkurencyjnego pn.: „Wybór partnera prywatnego do realizacji zadania pn. „Zagospodarowanie obszaru centrum miasta Rumii wraz z budową nowego Urzędu Miasta” w formule PPP”, numer nadany przez Zamawiającego: ZP.271.48.2020.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu nr 2020/S 252-634547 zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej z dnia 28.12.2020r.

W dniu 11 lipca 2023 r. Odwołujący: Hochtief PPP Solutions GmbH z siedzibą w Essen, Niemcy został zaproszony do złożenia oferty oraz otrzymał Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwaną dalej SIWZ.

Nie zgadzając się z niektórymi postanowieniami SIWZ Odwołujący w dniu 21 lipca 2023r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 7 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami, zwanej dalej „UGN” w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 12) i 13) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej SPZP w zw. oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 SPZP poprzez niezastosowanie art. 7 UGN i określenie cen sprzedaży nieruchomości („nieruchomość B i C”) wskazanych w przygotowanym przez Zamawiającego wykazie nieruchomości przeznaczonych do zbycia w trybie bezprzetargowym (Załącznik nr 20 do SIWZ pn. „Wykaz nr X”, „Wykaz”), w sposób niezgodny z przepisami UGN tj., z pominięciem wymogu, aby określenia wartości nieruchomości zostało dokonane przez rzeczoznawcę majątkowego, co doprowadziło do przyjęcia przez Gminę znacząco zawyżonej wartości nieruchomości B i C, co w konsekwencji będzie skutkowało odrzuceniem ofert wnioskodawców, którzy oprą swoje oferty na wycenie wartości nieruchomości B i C wynikającej z ich wartości rynkowych (w szczególności opartych na opracowanych prywatnych operatach szacunkowych), albowiem Zamawiający niezasadnie przyjął, że oferta opiewająca na kwotę niższą niż określona przez Gminę zostanie odrzucona;

2)art. 7 ust. 1 SPZP w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 12) i 13) SPZP w zw. oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 SPZP poprzez odpowiednio ich niezastosowanie oraz nieprawidłową wykładnię, z uwagi na fakt, że Zamawiający w sposób nieadekwatny do przedmiotu zamówienia, a zarazem stojący w sprzeczności z zasadą przejrzystości i nieoparty na rzeczywistej wartości nieruchomości B i C, uznał, że wycena wartości nieruchomości B i C — znacząco wyższa od wartości rynkowej — może wyznaczać poziom minimalny, na który powinna opiewać oferta wykonawcy, a konsekwencją przedłożenia oferty poniżej arbitralnie ustalonej wartości minimalnej jest jej odrzucenie, co w efekcie powoduje, że doszło do nieuzasadnionego ograniczenia kręgu wykonawców, którzy mogliby być zainteresowani złożeniem oferty, albowiem tak określone postanowienia SIWZ uniemożliwiają udział w Postępowaniu wykonawcom, którzy opierają się w założeniach przygotowywanych ofert o rynkową wartość nieruchomości B i C. W konsekwencji działanie Zamawiającego, który w sposób nieadekwatny do wartości rynkowych, skonstruował wymogi przetargowe narusza uczciwą konkurencję oraz zasadę równego traktowania wykonawców. Takie działanie uderza również w zasadę przejrzystości, która wymaga, aby postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zawierało jasne reguły i aby istniały środki do weryfikacji prawidłowości ich stosowania, tymczasem Zamawiający zarówno w toku dialogu konkurencyjnego, jak i pomimo przedłożonego przez Odwołującego wniosku o wyjaśnienie, jakie były podstawy przyjęcia tak zawyżonej wyceny nieruchomości B i C, nie przedstawił dokumentacji i materiałów umożliwiających uzasadnienie swojego działania;

3)art. 7 ust. 1 SPZP w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 13) SPZP w zw. z art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym, zwanej dalej „UPPP” poprzez naruszenie art. 6 ust. 1 UPPP poprzez określenie podkryteriów w ramach punktu 14.2.1. SIWZ (kryterium 1 — Cena), w taki sposób, że w rzeczywistości jedynym znaczącym kryterium oceny w zakresie ceny jest podkryterium pn. Wysokość Wynagrodzenia za Nakłady Inwestycyjne (któremu przyznano wagę aż 46 punktów), podczas gdy pozostałe podkryteria pn. Wysokość Oplaty za Utrzymanie oraz pn. Wysokość Oplaty za Rozłożenie w Czasie, otrzymały wagę 6 punktów każde. Takie skonstruowanie kryterium oceny ofert prowadzi w rzeczywistości do pozorności realizacji projektu w formule PPP powodując, że dokonywanie oceny wyboru ofert w kontekście niemalże wyłącznie w oparciu o Wysokość Wynagrodzenia za Nakłady Inwestycyjne, wskazywałoby na konieczność udzielenia zamówienia na roboty budowlane zamiast kompleksowego zamówienia obejmującego sfinansowanie, wybudowanie i eksploatację składowiska majątkowego. Istota stosunku PPP — poza sfinansowaniem - obejmuje zarówno wytworzenie aktywa, jak i jego utrzymanie — przy czym etap utrzymania powinien być dla Zamawiającego równie istotny. Marginalizacja kosztu sfinansowania przedsięwzięcia i wysokości wynagrodzenia związanego z etapem utrzymania w ramach Postępowania w nieuzasadniony sposób ogranicza możliwość konkurowania wykonawców, którzy z uwagi na posiadane obszerne doświadczenia w realizacji projektów w formule PPP rozwijają technologie związane z optymalizacją kosztów utrzymania i sfinansowania obiektów.

4)art. 7 ust. 1 SPZP w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 SPZP w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3) i 13) SPZP poprzez naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 SPZP z uwagi na określenie w ramach Postępowania opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, z pominięciem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, co może utrudniać uczciwą konkurencję w ramach Postępowania z uwagi na nieprawidłowe skonstruowanie części podkryterium X 3a — Ocena koncepcji architektonicznej tj. fragmentu 1,4 Punkty Utrzymanie — 10% - Remonty i naprawy modernizacyjne, co w sposób niezgodny z reżimem zamówień publicznych przerzuca na wykonawców obowiązek konstruowania dokumentacji przetargowej. Jeżeli Zamawiający zamierza dokonywać oceny ofert w oparciu o realizację prac na etapie utrzymania to Zamawiający powinien w sposób kompleksowy opisać przedmiot zamówienia, tak żeby wykonawca na etapie przystępowania do zamówienia wiedział, jakie prace będzie musiał wykonać w budynku przez cały okres trwania etapu utrzymania. W przeciwnym wypadku dochodzić może bowiem do sytuacji, w której identyczna liczba punktów zostanie przyznana wykonawcom deklarującym skrajnie różny zakres prac. W konsekwencji Zamawiający przez uwzględnienie takiego mechanizmu de facto przenosi w sposób niezgodny z SPZP obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia na wykonawców, co jednocześnie narusza zasady konkurencyjności Postępowania z uwagi na brak możliwości porównania złożonych ofert.

Z uwagi na powyżej podniesione zarzuty wnosil o:

- 1) merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą Odwołania oraz jego uwzględnienie w całości;
- 2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów znajdujących się w aktach Postępowania, przywołanych w treści Odwołania oraz przedłożonych w toku postępowania odwoławczego — na okoliczności

przytoczone w Odwołaniu oraz w toku postępowania odwoławczego;

3) nakazanie Zamawiającemu opracowanie operatu szacunkowego lub innego stosownego dokumentu opracowanego przez rzeczoznawcę majątkowego, na podstawie którego Zamawiający dokona wyceny Nieruchomości B i C wskazanych w Wykazie na podstawie ich rynkowego i realnego poziomu oraz usunięcie w całości w punkcie 14.2.2. SIWZ tj. „Cena zakupu Nieruchomości w obszarze B i C — Waga 26 pkt” fragmentu pn. „Uwaga Oferta Wykonawcy, który wskaże cenę zakupu Nieruchomości w obszarze B i C niższą od wyceny wskazanej w wykazie nieruchomości przeznaczonych do zbycia, w trybie bezprzetargowym, który stanowi Załącznik nr 20 do SIWZ podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2) Ustawy Pzp, jako niezgodna z treścią SIWZ.” (bądź alternatywnie dostosowanie tego postanowienia do wartości wynikających z operatu szacunkowego lub innego stosownego dokumentu opracowanego przez rzeczoznawcę majątkowego, o których mowa powyżej);

4) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian zasad Kryterium I - Ceny SIWZ, w taki sposób, aby obecne trzy podkryteria ceny tj. Wysokość Wynagrodzenia za Nakłady Inwestycyjne, Wysokość Opłaty za Utrzymanie i Wysokość Opłaty za Rozłożenie w Czasie były sumowane i oceniane zbiorczo jako Wynagrodzenia Partnera Prywatnego i jako takie mnożone przez wagę 58 pkt;

5) nakazanie Zamawiającemu wykreślenia z SIWZ następującego fragmentu:

, 1,4 Punkty - Utrzymanie

— 10% - Remonty i naprawy modernizacyjne. Należy określić zakres prac jaki Partner Prywatny będzie musiał wykonać w budynku przez cały okres trwania etapu utrzymania, zgodnie z wiedzą i doświadczeniem Partnera Prywatnego. Zamawiający przyzna w tym kryterium następujące punkty:

1,4 punktów w przypadku, gdy:

Plan remontów i modernizacji na cały czas trwania kontraktu wraz z wykazem urządzeń do wymiany

0,6 punkty w przypadku, gdy:

Wykaz urządzeń do wymiany wraz harmonogramem wymiany

0,3 punkt w przypadku, gdy:

Wykaz urządzeń do wymiany i zobowiązanie Zamawiającego do określenia w SIWZ wymagań w zakresie prac jakie Partner Prywatny będzie musiał wykonać w budynku przez cały okres trwania etapu utrzymania;

6) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym także zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego wynikającego z wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3600 zł.

Izba zważyła, co następuje.

W dniu 2 sierpnia 2023 r. przed dniem wyznaczonej rozprawy, do siedziby Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo zawierające oświadczenie Odwołującego o cofnięciu odwołania.

Uwzględniając powyższe Izba, działając na podstawie art. 568 pkt 1 w związku z art. 520 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, postanowiła postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie umorzyć.

Zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania Izba postanowiła zwrócić na rzecz Odwołującego 90% kwoty uiszczanego wpisu.

Ze wskazanych przepisów wynika, iż w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości na skutek cofnięcia odwołania przed otwarciem rozprawy najpóźniej w dniu poprzedzającym dzień, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron lub uczestników postępowania odwoławczego - odwołującemu zwraca się 90% wpisu; w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczanej tytułem wpisu, w wysokości stanowiącej 90% jego wartości.

Wobec powyższego, na podstawie art. 553 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku w oparciu o przepis art. 575 i 576 ustawy Pzp w związku z przepisem § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania.

Przewodniczący.....

.....

.....