

Sygn. akt: KIO 449/23 KIO 452/23 KIO 453/23 KIO 456/23 KIO 457/23 KIO 460/23 KIO 462/23 KIO 465/23 KIO 466/23

POSTANOWENIE
z dnia 2 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Członkowie: Anna Wojciechowska
Marek Bienias
Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania w Warszawie w dniu 2 marca 2023 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 lutego 2023 r. przez **Polski Związek Pracodawców Budownictwa z siedzibą w Warszawie, ul. Kaliska 23/lok. U4** postępowaniach prowadzonych przez zamawiającego **Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, Ul. Wronia 53**

przy udziale **wykonawcy Aldesa Construcciones Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Postępu 18a** zgłaszającego swój udział w sprawach sygn. akt KIO 452/23 i 466/23 po stronie odwołującego

przy udziale **wykonawcy Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Siedmiogrodzka 9** zgłaszającego swój udział w sprawach sygn. akt KIO 449/23, KIO 452/23, KIO 453/23, KIO 456/23, KIO 457/23 i KIO 460/23, KIO 462/23, KIO 465/23, KIO 466/23 po stronie odwołującego

przy udziale **wykonawcy Mota-Engil Central Europe Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, ul. Opolska 110** zgłaszającego swój udział w sprawach sygn. akt KIO 452/23, KIO 453/23, KIO 456/23, KIO 457/23 KIO 460/23, KIO 462/23, KIO 465/23 i KIO 466/23 po stronie odwołującego

przy udziale **wykonawcy NDI Spółka Akcyjna z siedzibą w Sopocie, ul. Powstańców Warszawy 19** zgłaszającego swój udział w sprawach sygn. akt KIO 449/23, KIO 452/23, KIO 453/23, KIO 456/23, KIO 457/23 po stronie odwołującego

przy udziale **wykonawcy Polimex Infrastruktura spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, al. Jana Pawła II 12** zgłaszającego swój udział w sprawach sygn. akt KIO 449/23, KIO 452/23, KIO 453/23, KIO 456/23, KIO 457/23, KIO 460/23, KIO 462/23, KIO 465/23, KIO 466/23 po stronie odwołującego

przy udziale **wykonawcy PORR Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Hołubcowa 123** zgłaszającego swój udział w sprawach sygn. akt KIO 449/23, KIO 452/23, KIO 453/23, KIO 456/23, KIO 457/23, KIO 460/23, KIO 462/23, KIO 465/23, KIO 466/23 po stronie odwołującego

przy udziale **wykonawcy Strabag Spółka Akcyjna z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawach sygn. akt KIO 452/23, KIO 453/23, KIO 456/23 po stronie odwołującego

postanawia:

1. Umorzyć postępowanie,

2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 162 000 zł 00 gr (słownie: sto sześćdziesiąt dwa tysiące złotych zero groszy) uiszczonej przez **Polski Związek Pracodawców Budownictwa z siedzibą w Warszawie, ul. Kaliska 23/lok. U4** tytułem zwrotu 90% wpisów od odwołań

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. 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:.....

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 449/23 KIO 452/23 KIO 453/23 KIO 456/23 KIO 457/23 KIO 460/23 KIO 462/23 KIO 465/23 KIO 466/23

Uzasadnienie

Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na:

- projekt i budowę drogi ekspresowej S7 na odcinku od węzła „Czosnów” (z węzłem) do miejscowości Kiełpin. Numer referencyjny: O/WA.D3.2410.1.2023 oraz
 - projekt i budowę drogi ekspresowej S17 Piaski – Hrebenne. Odcinek nr 1: Piaski, węzeł „Piaski Wschód” („Chełm”) wraz z węzłem – węzeł „Łopiennik” („Łopiennik”) wraz z węzłem” oraz
 - projekt i budowę drogi ekspresowej S17 Piaski – Hrebenne, odcinek nr 3: węzeł „Krasnystaw Północ” („Krasnystaw I”) wraz z węzłem – węzeł „Izbica” („Tarzymiechy”) wraz z węzłem”. Numer referencyjny: O/LU.D3.2410.10.2022.AW oraz
 - projekt i budowę drogi ekspresowej S17 Piaski – Hrebenne, odcinek nr 4: węzeł „Izbica” („Tarzymiechy”) bez węzła węzeł „Zamość Sitaniec” („Sitaniec”) wraz z węzłem. Numer referencyjny: O.LU.D3.2410.11.2022.af oraz
 - budowę drogi S11 Koszalin – Szczecinek, odc. w. Bobolice (bez węzła) w. Szczecinek Północ (z węzłem). Numer referencyjny: GDDKiA O.Sz.D3.2410.1.2023 oraz
 - zaprojektowanie i budowę drogi ekspresowej S19 na odcinku Lutcza – w. Domaradz (z węzłem) dł. ok. 6,43 km. Numer referencyjny: O.RZ.D3.2410.8.2022
 - zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla odcinka drogi ekspresowej S74 Sulejów – Przełom/Mniów, odc. granica województwa świętokrzyskiego –Przełom/Mniów. Numer referencyjny: O.Ki.D3.2410.1.2023
 - zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla odcinka drogi ekspresowej S74 Kielce – Nisko, odc. Cedzyna – Łagów wraz z obwodnicą Łagowa. Numer referencyjny: O.Ki.D3.2410.2.2023.jr
 - projekt i budowę drogi S74 Kielce – Nisko, odc. Łagów Jałowąs Tomaszów”. Numer referencyjny: O.Ki.D3.2410.3.2023.az
- zostały wszczęte ogłoszeniami w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej za numerami 2023/S 250-02569833 w dniu 3 stycznia 2023 r., 2022/S 250-730466 z dnia 28 grudnia 2022 r., 2022/S 250-730646 z dnia 28 grudnia 2022 r., 2023/S 025-069307 z dnia 3 lutego 2023 r. i 2022/S 248-722672 z dnia 23 grudnia 2022 r., 2023/S 025-067403 z dnia 3 lutego 2023 r., 2023/S 025-073109 z dnia 3 lutego 2023 r., 2023/S 025-069329 z dnia 3 lutego 2023 r.

W dniu 10 lutego 2023 r. zamawiający we wszystkich tych sprawach dokonał zmiany pkt. 1.2. ppkt 2 PFU.

W dniu 20 lutego 2023 r. Polski Związek Pracodawców Budownictwa z siedzibą w Warszawie, ul. Kaliska 23/lok. U4 wniósł odwołania. Odwołania zostały wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictw z dnia 17 lutego 2023 r. udzielonych przez prokurenta samoistnego, zgodnie z danymi ujawnionymi w KRS. Odwołania zostały przekazane zamawiającemu w dniu 20 lutego 2023 r.

Treść tych odwołań z wyjątkiem wskazania nazw postępowań, dat ich wszczęcia i publikatorów jest tożsama.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia w zakresie postanowień Programu Funkcjonalno – Użytkowego („PFU”), tj.:

1) pkt 1.2 ppkt 2 PFU;

Zamawiającemu zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy:

(1) art. 433 pkt 3 ustawy w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy w zw. z art. 353 k.c. w zw. z art. 647 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy w zw. z § 18 ust. 2 pkt 1-3 Rozporządzenia przez nieuprawnione przerzucanie na wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności leżące wyłącznie po stronie zamawiającego, a związane z niejednoznacznym, niewyczerpującym, naruszającym reguły uczciwej konkurencji opisem przedmiotu zamówienia, co znalazło odzwierciedlenie w pkt 1.2 ppkt 2 PFU w związku z nałożonym na wykonawcę obowiązkiem uwzględnienia w ramach wynagrodzenia umownego oraz terminu realizacji przedmiotu zamówienia kosztów i ryzyk wynikających z wykonania prac i robót będących konsekwencją zaprojektowania rozwiązań wymagających wykonania badań uzupełniających w stosunku do wyników badań przekazanych przez zamawiającego, podczas gdy zbadanie i dokładne określenie warunków realizacji inwestycji (w tym, w szczególności, parametrów gruntu) stanowi obowiązek zamawiającego, którego przerzucenie na wykonawcę wykracza poza zasadę swobody kontraktowania;

(2) art. 103 ust. 3 i 4 ustawy w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy w zw. z art. 353(1) k.c. w zw. z art. 647 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w postaci programu funkcjonalno-użytkowego w sposób niejednoznaczny, niepełny i nieuwzględniający wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty i realizację przedmiotu zamówienia, w szczególności przez brak wskazania warunków, w jakich zamawiający uzna, że wykonawca wykazał, że badania przekazane przez zamawiającego, nie są wystarczające do prawidłowego zaprojektowania i realizacji robót zgodnie z wymaganiami zamawiającego, co rodzi ryzyko związane z przypisaniem zamawiającemu niczym nieograniczonej swobody w decydowaniu o tym, która ze stron stosunku umownego ponosić będzie faktyczną odpowiedzialność za realizację inwestycji w sposób odbiegający od opartego na wynikach badań przekazanych przez zamawiającego;

(3) art. 647 k.c., z art. 353(1) k.c., art. 355 § 1 i § 2 k.c., art. 387 § 1 k.c., art. 472 k.c., art. 473 § 1 k.c., w zw. art. 56 k.c. art. 58 § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób (1) naruszający zasadę swobody umów tj. umowy o roboty budowlane zawieranej w reżimie zamówień publicznych, (2) sprzeczny z ustawą i mający na celu jej obejście (tj. w szczególności art. 99 ust. 1 ustawy), (3) uniemożliwiający wykonawcy działającemu z należytą starannością, sporządzenie oferty i realizację przedmiotu

zamówienia w warunkach adekwatnych do tych, które wykonawca mógł przewidzieć przy zachowaniu należytej staranności, w szczególności przez:

– wynikającą z pkt. 1.2 ppkt 2 PFU bezzasadną próbę ograniczenia odpowiedzialności zamawiającego za wyniki badań podłoża gruntowego, a w konsekwencji również bezzasadną próbę przerwania na wykonawcę zamówienia kosztów i ryzyk związanych z wykonanymi przez zamawiającego badaniami gruntu; a w konsekwencji powyższych (4) art. 16 ust. 1 ustawy przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu zmiany postanowień SWZ przez nakazanie zamawiającemu:

1) usunięcie z treści pkt 1.2 ppkt 2 PFU zastrzeżenia ograniczającego odpowiedzialność zamawiającego za wyniki badań gruntowo-wodnych, tj. postanowienia w brzmieniu:

„Jeżeli wykonawca zaprojektuje rozwiązania wymagające wykonania badań uzupełniających w stosunku do wyników badań przekazanych przez zamawiającego, to wykonawca w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz w Czasie na Ukończenie uwzględni:

a.zaprojektowanie i wykonanie badań uzupełniających zgodnie z wymaganiami określonymi w SP.40.20.00-40.50.00,

b.wykonanie wszelkich prac i robót na podstawie wyników badań, o których mowa w lit. a, niezbędnych do realizacji zadania,

- z wyłączeniem sytuacji, w których wykonawca wykaże, że wykonane badania przekazane przez zamawiającego, nie są wystarczające do prawidłowego zaprojektowania i realizacji robót zgodnie z wymaganiami zamawiającego - w takim przypadku zastosowanie mają Warunki Kontraktu lub przepisy prawa.”

Ponadto o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym oraz o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Zgodnie z art. 505 ust. 2 ustawy środki ochrony prawnej wobec ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia oraz dokumentów zamówienia przysługują organizacjom wpisanym na listę, o której mowa w art. 469 pkt 15 ustawy. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych prowadzi i ogłasza na stronie internetowej Urzędu listę organizacji uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej. Odwołujący wnosi odwołanie od treści dokumentów zamówienia jako organizacja wpisana dnia 22 lipca 2005 r. przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych na listę organizacji uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej (nr decyzji: LO/2963/05).

W dniu 21 lutego 2023 r. zamawiający poinformował we wszystkich postępowaniach o udzielenie zamówienia o wniesieniu odwołań.

W dniu 23 lutego 2023 r. wykonawca Aldesa Construcciones Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Postępu 18a zgłosił swój udział w sprawach sygn. akt KIO 452/23 i 466/23 po stronie odwołującego wskazując, że jest doświadczonym wykonawcą w budownictwie infrastruktury kolejowej w Polsce i na świecie oraz jest zainteresowany złożeniem oferty w przedmiotowych postępowaniach, w związku z czym posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Oświadczył, że w pełni popiera wszelkie zarzuty podniesione przez odwołującego, a szczegółową argumentację przedstawi podczas rozprawy. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 8 października 2021 r. udzielonego przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 2 stycznia 2020 r. udzielonego przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania zgłoszenia stronom postępowania.

W dniu 23 lutego 2023 r. wykonawca Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Siedmiogrodzka 9 zgłosił swój udział w sprawach sygn. akt KIO 449/23, KIO 452/23, KIO 453/23, KIO 456/23, KIO 457/23 i KIO 460/23, KIO 462/23, KIO 465/23, KIO 466/23 po stronie odwołującego wskazując, że jako podmiot, który jest zainteresowany udziałem w tym postępowaniu i złożeniem oferty, posiada interes w przystąpieniu do postępowania odwoławczego i rozstrzygnięciu uwzględniającym odwołania. Przystępujący wskazał, że podniesione zarzuty są zasadne, a ukształtowanie przez zamawiającego treści postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia w aktualnym brzmieniu narusza bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa i równowagę stron stosunku prawnego. Poszczególne postanowienia dokumentacji pozostają w sprzeczności z przepisami ustawy i kodeksu cywilnego.

Przystępujący wskazał, że uwzględnienie odwołania złożonego przez odwołującego umożliwi przystępującemu złożenie prawidłowej i konkurencyjnej oferty, bez konieczności kalkulacji ryzyk niemożliwych do przewidzenia w chwili przygotowywania oferty, a w następstwie także zagwarantuje niezakłócone realizowanie kontraktu opartego na równowadze stron stosunku zobowiązaniowego. Nieuwzględnienie odwołania doprowadzi z kolei do utrzymania stanu naruszenia przepisów ustawy i kodeksu cywilnego, generując ryzyko utraty możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia przez przystępującego.

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), gdzie wskazane zostało, iż: „Interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której zgłasza się przystąpienie, jest inną, szerszą kategorią prawną, niż wymagany przez art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 907) interes w uzyskaniu danego zamówienia. Instytucja przystąpienia zbliżona jest do uczestnictwa w postępowaniu nieprocesowym. Dla uzyskania statusu interwenienta wystarczające jest w zasadzie, gdy wykonawca zainteresowany jest wynikiem sprawy.

Dla uzyskania statusu przystępującego wystarczające zatem będzie zainteresowanie wynikiem spraw, zgodnie ze stanowiskiem strony, do której zgłasza się przystąpienie.

Uwzględnienie odwołania jest zasadne, gdyż postanowienia Specyfikacji Warunków Zamówienia w obecnym kształcie naruszają bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa. Zamawiający w sposób sprzeczny z przepisami wykorzystał pozycję gospodarza postępowania, przez skonstruowanie postanowień umownych wbrew właściwości stosunku prawnego. Przystępujący popiera zarzuty podniesione przez odwołującego, dotyczące ukształtowania postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia (w szczególności w zakresie opisanego przedmiotu zamówienia, naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, zaniechania przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w szczególności wobec przerwania na wykonawców wszelkich ryzyk związanych z wykonaniem kwestionowanego postanowienia PFU odnoszącego się do treści PFU) w sposób wadliwy i wnosi o uwzględnienie wniesionego odwołania.

Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 15 czerwca 2021 r. udzielonego przez dwóch członków zarządu ujawnionych w KRS. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania zgłoszenia stronom postępowania.

W dniu 23 lutego 2023 r. wykonawca Mota-Engil Central Europe Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, ul. Opolska 110 zgłosił swój udział w sprawach sygn. akt KIO 452/23, KIO 453/23, KIO 456/23, KIO 457/23, KIO 460/23, KIO 462/23KI 465/23 i KIO 466/23 po stronie odwołującego wskazując, że popiera wszystkie zarzuty i żądania zawarte w treści odwołań. Wniósł o uwzględnienie odwołań w całości.

Podniósł, że zamawiający, dokonując opisu przedmiotu zamówienia, w tym w szczególności określenia praw i obowiązków stron przyszłej umowy, przy wykorzystaniu uprzywilejowanej pozycji jaką daje mu 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, przerzucając na przyszłego wykonawcę odpowiedzialność za okolicznością leżące wyłącznie po stronie zamawiającego, dokonując opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niepełny i nieuwzględniający wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty, naruszył szereg przepisów prawa, a szczegółowo wymienionych przez odwołującego w komparcji odwołania. Zarzuty odwołującego trafnie opisują dokonane przez zamawiającego naruszenia, zaś żądania odwołania zmierzają do przywrócenia zasady względnej równości stron przyszłej umowy i celu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przystępujący wskazał, że posiada interes prawny we wniesieniu niniejszego przystąpienia, wskazując, że w jego interesie jest aby żądania odwołania zostały w całości uwzględnione. przystępujący zamierza złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Utrzymanie obecnej treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, a w szczególności postanowień Programu Funkcjonalno-Użytkowego, przy oddaleniu wniosków odwołania, spowoduje, że w razie wybrania oferty przystępującego, będzie on zobligowany do zawarcia umowy, której treść będzie, z pokrzywdzeniem interesu prawnego przystępującego, naruszała przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych i Kodeksu cywilnego. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 21 lutego 2023 r. udzielonego przez dwóch członków zarządu, zgodnie z KRS. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania zgłoszenia stronom.

W dniu 24 lutego 2023 r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił swój udział wykonawca NDI Spółka Akcyjna z siedzibą w Sopocie, ul. Powstańców Warszawy 19 w sprawach sygn. akt KIO 449/23, KIO 452/23, KIO 453/23, KIO 456/23, KIO 457/23 Przystępujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego, albowiem zamierza ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego, jednakże treść Specyfikacji Warunków Zamówienia w przedmiotowym postępowaniu określona przez zamawiającego, w nieuzasadniony sposób bardzo utrudnia obecnie przystępującemu złożenie oferty i uzyskanie zamówienia. Zgodnie z zarzutami odwołania Specyfikacja Warunków Zamówienia w zakresie PFU, została sformułowana w sposób naruszający przepisy kodeksu cywilnego oraz ustawy Prawo Zamówień Publicznych, w sposób, który prowadzi do niezasadnego ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców, wśród których jest również przystępujący.

Ponadto NDI podniósł, że rozstrzygnięcie w tym postępowaniu wywrze skutek w sferze prawnej przystępującego.

Podobnie jak wnoszący odwołanie, przystępujący wskazał, iż wobec postępowania zamawiającego, przy zachowaniu skarżonej treści SWZ, naruszającej przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych i kodeksu cywilnego, 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 podniesione przez odwołującego, w znaczący sposób utrudniają obecnie przystępującemu uczestnictwo w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Z kolei uwzględnienie odwołania i nakazanie przez Krajową Izbę Odwoławczą dokonania zmiany ww. postanowień SWZ zgodnie z wnioskami odwołania pozwoli przystępującemu na wzięcie udziału w postępowaniu, złożenie oferty i ostatecznie 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 PZP. Jak słusznie wskazuje się w piśmiennictwie „przepis art. 525 ust. 1 PrZamPubl nie zawęża pojęcia interesu, czy to do interesu prawnego, czy też do interesu w uzyskaniu zamówienia, a zatem należy go interpretować szeroko. Interes ten może polegać w szczególności na oczekiwaniu prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym przystępujący uczestniczy w sposób prawidłowy, zgodny z przepisami ustawy. W komentowanym przepisie mówi się o interesie w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której wykonawca przystępuje. Chodzi więc w tym przypadku o jakąkolwiek korzyść, jakieś dobro dla wykonawcy, które uzyska, jeśli strona, do której przystępuje wygra postępowanie odwoławcze” (tak A. Matusiak w komentarzu do art. 525 PZP, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. M. Jaworska, wyd. 2, 2021, opubl. Legalis). W ocenie przystępującego zarzuty podniesione w odwołaniu PZPB zasługują na uwzględnienie. Przystępujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania właściwych czynności w postępowaniu w zgodzie z obowiązującymi przepisami. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 23 lutego 2023 r. udzielonego przez prezesa zarządu upoważnionego do samodzielnej reprezentacji. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania kopii zgłoszenia stronom.

W dniu 24 lutego 2023 r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił się wykonawca Polimex Infrastruktura spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, al. Jana Pawła II 12 w sprawach sygn. akt KIO 449/23, KIO 452/23, KIO 453/23, KIO 456/23, KIO 457/23, KIO 460/23, KIO 462/23, KIO 465/23, KIO 466/23 wnosząc o uwzględnienie przedmiotowego odwołania w całości. Przystępujący mając na względzie zakres postawionych w odwołaniu zarzutów i przywołanych argumentów przez odwołującego, uznał je jako zasługujące w pełni na poparcie, tym samym przyjął za własne. Przystępujący jest podmiotem, który w ramach prowadzonej działalności gospodarczej zajmuje się w szczególności wykonywaniem inwestycji takich jak zakres przedmiotowego zamówienia i jest zainteresowany złożeniem oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Tymczasem treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia uniemożliwia lub co najmniej znacznie utrudnia prawidłowe sporządzenie oferty w postępowaniu oraz narusza przepisy ustawy i kodeksu cywilnego. Przystępujący wykazuje swój interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść odwołującego. Uwzględnienie bowiem odwołania i tym samym zmiana postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz usunięcie treści pkt 1.2 ppkt 2 PFU wyeliminuje wskazane w odwołaniu naruszenia przepisów prawa i umożliwi wykonawcom na złożenie prawidłowych ofert, w warunkach dochowania uczciwej konkurencji. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 26 maja 2022 r. udzielonego przez prezesa zarządu i prokurenta. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania zgłoszenia stronom.

W dniu 24 lutego 2023 r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił się wykonawca PORR Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Hołubcowa 123 w sprawach sygn. akt KIO 449/23, KIO 452/23, KIO 453/23, KIO 456/23, KIO 457/23, KIO 460/23, KIO 462/23, KIO 465/23, KIO 466/23. Podniósł, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego, bo jest przedsiębiorcą zajmującym się realizacją inwestycji budownictwa drogowego i mostowego tj. m. in. Inwestycji będącej przedmiotem zamówienia, którego dotyczy postępowanie i zamierza złożyć ofertę w postępowaniu. W konsekwencji dąży do uzyskania zamówienia, którego dotyczy postępowanie oraz wykonywania przyszłej umowy w sposób zgodny z ustawą i prawidłowo. Wniósł o uwzględnienie odwołania w całości. Zgłoszenie zostało wniesione przez dwóch prokurentów upoważnionych do łącznej reprezentacji. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania zgłoszenia stronom.

W dniu 24 lutego 2023 r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił się wykonawca Strabag Spółka Akcyjna z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10 w sprawach sygn. akt KIO 452/23, KIO 453/23, KIO 456/23. Przystępujący wskazał, że posiada interes prawny w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy w przystąpieniu do tego postępowania odwoławczego po stronie odwołującego i żądaniu uwzględnienia odwołania w całości, albowiem dokonanie modyfikacji SWZ, która nie odpowiada wymogom przepisów PZP pozwoli wykonawcy przystępującemu po stronie odwołującego na sporządzenie konkurencyjnej i porównywalnej oferty. Przystępujący popiera zarzuty odwołującego

wskazujące na naruszenie przepisów ustawy PZP i KC przez zamawiającego i wnosi o dokonanie postulowanych zmian, a poprzez to, dopuszczenie wykonawców do realizacji w/w zamówienia na zasadach określonych w powołanych w uzasadnieniu przepisów PZP zapewniających uczciwą konkurencję i porównywalność ofert. W przeciwnym wypadku dostęp ten będzie utrudniony i dojdzie do złożenia nieporównywalnych ofert. Przystąpienie do postępowania po stronie odwołującego stwarza przystępującemu możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej w toku dalszych czynności podejmowanych w tym postępowaniu. Przystępujący do postępowania wskazał, że zarzuty naruszenia przepisów ustawy podnoszone przez odwołującego zasługują na uwzględnienie i umożliwiają przystępującemu przygotowanie konkurencyjnej i porównywalnej oferty w tym postępowaniu na zasadach wymaganych ustawą i ma on szansę uzyskać najlepszą ocenę wg kryteriów oceny ofert opisanej w SWZ przez zamawiającego. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 2 sierpnia 2021 r. udzielonego przez dwóch członków zarządu. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania zgłoszenia stronom.

W dniu 1 marca 2023 r. odwołujący oświadczył, że cofa odwołania od czynności podjętych przez zamawiającego: Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie („Zamawiający”) w postępowaniach pn.:

- „Projekt i budowa drogi ekspresowej S7 na odcinku od węzła „Czosnów” (z węzłem) do miejscowości Kielpin” (nr postępowania: O/WA.D-3.2410.1.2023), (sprawie nadano sygnaturę KIO 449/23);
- „Projekt i budowa drogi ekspresowej S17 Piaski – Hrebenne. Odcinek nr 1: Piaski, węzeł „Piaski Wschód” („Chelm”) wraz z węzłem – węzeł „Łopiennik” („Łopiennik”) wraz z węzłem” (nr postępowania: O.LU.D-3.2410.9.2022.mc), (sprawie nadano sygnaturę KIO 452/23);
- „Projekt i budowa drogi ekspresowej S17 Piaski – Hrebenne, odcinek nr 3: węzeł „Krasnystaw Północ” („Krasnystaw I”) wraz z węzłem – węzeł „Izbica” („Tarczyniechy”) wraz z węzłem” (nr postępowania: O/LU.D-3.2410.10.2022.AW), (sprawie nadano sygnaturę KIO 453/23);
- „Projekt i budowa drogi ekspresowej S17 Piaski – Hrebenne, odcinek nr 4: węzeł „Izbica” („Tarczyniechy”) bez węzła węzeł „Zamość Sitaniec” („Sitaniec”) wraz z węzłem” (nr postępowania: O.LU.D-3.2410.11.2022.af), (sprawie nadano sygnaturę KIO 456/23);
- „Budowa drogi S11 Koszalin – Szczecinek, odc. w. Bobolice (bez węzła) w. Szczecinek Północ (z węzłem)” (nr postępowania: O.Sz.D-3.2410.1.2023), (sprawie nadano sygnaturę KIO 457/23);
- „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku Lutcza – w. Domaradz (z węzłem) dł. ok. 6,43 km” (nr postępowania: O.RZ.D-3.2410.8.2022), (sprawie nadano sygnaturę KIO 460/23);
- „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla odcinka drogi ekspresowej S74Sulejów – Przełom/Mniów, odc. granica województwa świętokrzyskiego –Przełom/Mniów” (nr postępowania: O.Ki.D-3.2410.1.2023.mj), (sprawie nadano sygnaturę KIO 462/23);
- „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla odcinka drogi ekspresowej S74 Kielce – Nisko, odc. Cedzyna – Łągów wraz z obwodnicą Łągowa” (nr postępowania: O.Ki.D-3.2410.2.2023.jr), (sprawie nadano sygnaturę KIO 465/23);
- „Projekt i budowę drogi S74 Kielce – Nisko, odc. Łągów Jałowąsy Tomaszów” (nr postępowania: O.Ki.D-3.2410.3.2023.az), (sprawie nadano sygnaturę KIO 466/23).

Na skutek wniesienia 9 odwołań przez odwołującego, sprawom zostały nadane sygnatury KIO 449/23, KIO 452/23, KIO 453/23, KIO 456/23, KIO 457/23, KIO 460/23, KIO 462/23, KIO 465/23, KIO 466/23, które Krajowa Izba Odwoławcza planowała rozpoznać łącznie.

Wniósł o zwrot 90% wpisu.

Termin posiedzenia z udziałem stron został wyznaczony na dzień 2 marca 2023 r.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek, które skutkowałyby odrzuceniem któregokolwiek z odwołań na podstawie art. 528 ustawy.

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienia spełniają wymogi formalne określone w art. 525 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 i ust. 2 ustawy odwołujący może cofnąć odwołanie aż do czasu zamknięcia rozprawy, a cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania.

Stosownie do art. 568 pkt 1 ustawy, Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.

Na podstawie § 9 ust. 1 pkt. 3 lit. a) 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) w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości na skutek cofnięcia odwołania przed otwarciem rozprawy - odwołującemu zwraca się 90% wpisu. W związku z powyższym odwołujący spełnił warunki do zwrotu wpisu. Izba orzekła o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisów, w wysokości stanowiącej 90% jego wartości i skoro odwołujący uiszczył wpisy w wysokości po 20 000,00 zł. każdy, to do zwrotu pozostała kwota 162 000,00 zł. o czym orzeczono w pkt. 2 sentencji postanowienia.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....