

POSTANOWENIE
z dnia 7 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Warszawie w dniu 7 lipca 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 czerwca 2023 r. przez: **wykonawcę Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Siedmiogrodzka 9** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Targowa 74**

przy udziale **wykonawcy Strabag spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1823/23 po stronie odwołującego

przy udziale **wykonawcy Torpol Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu, ul. Św. Marcina 43** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1823/23 po stronie odwołującego

postanawia:

1. Umorzyć postępowanie,

2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Budimex spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Siedmiogrodzka 9 tytułem zwrotu wpisu od odwołania.

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:.....

Sygn. akt KIO 1823/23

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla projektu pn.: „Rewitalizacja linii kolejowej na odcinku Ostrów Mazowiecka - Małkinia” realizowanego w ramach Programu Uzupelniania Lokalnej i Regionalnej Infrastruktury Kolejowej - Kolej + do 2029 roku” zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 kwietnia 2023 r. pod nr 2023/S 084-253676.

W dniu 15 czerwca 2023 r. zamawiający przekazał wykonawcom wyjaśnienia treści SWZ nr 7.

W dniu 26 czerwca 2023 r. odwołanie na modyfikację treści SWZ wniósł wykonawca Budimex spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 1 stycznia 2023 r. udzielonego przez dwóch członków zarządu, zgodnie z zasadami reprezentacji ujawnionymi w KRS.

Odwołanie zostało przekazane zamawiającemu w dniu 26 czerwca 2023 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1.art. 99 ust. 1 ustawy w zw. z art. 103 ust. 1 ustawy w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy w zw. z art. 5 i 353(1) KC w zw. z art. 647 i 651 KC w zw. z art. 16 ustawy w zw. z art. 433 pkt. 3 ustawy w zw. z §15 Rozporządzenia Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia, który w sposób jednoznaczny określiłby warunki realizacji zamówienia oraz uwzględniłby wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, i który umożliwiłby rzetelną wycenę wymaganych prac, a nadto poprzez zaniechanie sporządzenia PFU w sposób, który umożliwia ustalenie planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych, przygotowanie oferty szczególnie w zakresie obliczenia ceny oferty oraz prawidłowe wykonanie prac projektowych. Wskazane zaniechania zamawiającego prowadzą do naruszenia zasad uczciwej konkurencji, umożliwiając wykonawcom złożenie w postępowaniu nieporównywalnych ofert. Taki opis przedmiotu zamówienia narusza zasadę równości stron stosunku zobowiązaniowego, przerzucając na wykonawców wszelkie ryzyka związane ze zmianą założeń projektowych w związku z przeprowadzoną oceną oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko i skutków tych zmian dla procesu certyfikacji podczas gdy odpowiedzialność za te okoliczności powinien ponosić wyłącznie zamawiający, a także narusza zasadę przygotowania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego

traktowania wykonawców oraz zasady proporcjonalności i przejrzystości;

2. art. 283 ustawy w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy w zw. z art. 16 ustawy przez wyznaczenie zbyt krótkiego terminu składania ofert, uniemożliwiającego prawidłowe przygotowanie i oszacowanie oferty, nieuwzględniającego skali złożoności i skomplikowania przedmiotu zamówienia, co w konsekwencji oznacza brak respektowania zasady proporcjonalności, przejrzystości i uczciwej konkurencji.

Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu tego odwołania.

Ewentualnie, na wypadek gdyby zamawiający nie zdecydował o przesunięciu terminu składania ofert z dotychczasowego terminu przypadającego na dzień 28 czerwca 2023 r. do czasu rozpoznania przedmiotowego odwołania -nakazanie zamawiającemu unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6) ustawy, a to w związku z okolicznością, iż postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów ustawy interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, ponieważ odwołujący jest wykonawcą zainteresowanym pozyskaniem przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę na skutek naruszeń, których dopuścił się zamawiający. Szkada ta polega na wyłączeniu możliwości pozyskania zamówienia, a w konsekwencji osiągnięcia zysku w związku z jego realizacją.

W dniu 27 czerwca 2023 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 28 czerwca 2023 r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego przystąpił wykonawca Torpol spółka akcyjna z siedzibą w Poznaniu wnosząc op uwzględnienie odwołania. Wskazał, że posiada interes w rozstrzygnięciu przedmiotowego postępowania odwoławczego na korzyść odwołującego w myśl art. 525 ustawy. to postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, gdzie na obecnym etapie przystępujący jest jednym z wykonawców, który chce złożyć ofertę, a zarzuty odwołania dotyczą zapisów przyszłego stosunku prawnego, który może wiązać przystępującego. Skuteczne przystąpienie spowoduje,

że przystępujący będzie mógł zająć stanowisko w sprawie, w szczególności poprzeć argumenty odwołującego, co w przypadku uwzględnienia zarzutów pozwoli mu złożyć konkurencyjną ofertę i zawrzeć umowę. Powołał się na szerokie rozumienie interesu przystępującego np. w wyr. KIO z 11.04.2013 r., sygn. akt. KIO 712/13, w wyr. KIO z 20.01.2014 r., sygn. akt. KIO 5/14. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 27 czerwca 2023 r. udzielonego przez prezesa i wiceprezesa zarządu, zgodnie z odpisem z KRS. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania zgłoszenia stronom postępowania.

W dniu 28 czerwca 2023 r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił swój udział Strabag spółka akcyjna z siedzibą w Pruszkowie wnosząc o uwzględnienie odwołania. 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 spełnia wymogi SWZ i jest zainteresowany złożeniem oferty.

Przystępujący popiera zarzuty i wnioski Odwołującego zawarte w złożonym odwołaniu i wnosi o uwzględnienie odwołania w całości. Zamawiający nałożył na Wykonawców obowiązki polegające na konieczności zaprojektowania i wybudowania urządzeń ochrony środowiska, w tym m.in. ekranów akustycznych oraz przejść dla zwierząt, wykonania nasadzeń kompensacyjnych w zakresie wycinki drzew i krzewów, a także na konieczności określenia przebiegu linii rozgraniczających teren inwestycji, jednocześnie nie przekazując dokumentów, które w sposób jednoznaczny i wyczerpujący pozwoliłyby na określenie zakresu zobowiązania wykonawcy. W wyniku ustalenia przez zamawiającego treści Specyfikacji Warunków Zamówienia w sposób naruszający przepisy ustawy przystępujący może zostać pozbawiony możliwości wyceny zadania i złożenia oferty, a w konsekwencji - zawarcia umowy, pomimo że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Przystąpienie do postępowania po stronie odwołującego stwarza przystępującemu możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej w toku dalszych czynności podejmowanych w tym postępowaniu

Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 19 stycznia 2023 r. udzielonego przez dwóch prokurentów, zgodnie z zasadami reprezentacji ujawnionymi w KRS. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania zgłoszenia stronom.

Zamawiający w dniu 6 lipca 2023 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że mając na uwadze ekonomikę procesową postępowania odwoławczego, poczynione zmiany i ich interpretację zaprezentowaną przez odwołującego, powodują one uwzględnienie odwołania ze skutkiem na dzień 04.07.2023r.

Zamawiający podał, że dokonał w dniu 04.07.2023r. zmian SWZ korespondujących z żądaniami odwołania (zmiana nr 11), publikując zmiany na platformie zakupowej, zaś adekwatna zmiana ogłoszenia została wysłana do Dzienniku Urzędowego Unii Europejskiej i zostanie opublikowana na platformie zakupowej po 48 godzinach od wysłania (tj. 06.07.2023r. o godz. 16.00), co powoduje bezprzedmiotowość sporu przez wygaśnięcie substratu zaskarżenia. Ponadto, zamawiający udzielił odpowiedzi na pytanie nr 136 (pismo Wyjaśnienia SWZ nr 11 Zmiana SWZ nr 11).

Odwołujący w oświadczeniu przesłanym zamawiającemu w dniu 05.07.2023r. uznał owe zmiany za w pełni realizujące jego żądania, wyrażając przez stwierdzenie „Omawiana zmiana w ocenie Budimex czyni zadość żądaniu odwołania wyrażonemu w treści odwołania”.

Jednocześnie zamawiający wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego.

Izba zważyła, co następuje:

Izba dopuściła wykonawców Strabag spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i Torpol Spółka Akcyjna jako uczestników postępowania po stronie odwołującego.

Izba ustaliła, że po stronie zamawiającego nikt nie zgłosił przystąpienia.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek z art. 528 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

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

Skoro zatem zamawiający uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu w całości, do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie zgłosił ważnego przystąpienia żaden wykonawca, to mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 522 ust. 1 ustawy. Zgodnie z przywoływanym przepisem *W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.*

W badanej sprawie zatem zaistniała podstawa do umorzenia postępowania w oparciu o art. 568 pkt. 3 ustawy.

Mając na uwadze powyższe, postanowiono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b 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), nakazując dokonanie na rzecz odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczony tytułem wpisu.

Przewodniczący: