

Sygn. akt: KIO 3208/23

POSTANOWENIE
z dnia 10 listopada 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Maria Kacprzyk
Członkowie: Katarzyna Poprawa
Magdalena Rams

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie, w dniu 10 listopada 2023 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 października 2023 roku przez wykonawcę **PORR S.A. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego „**PORT LOTNICZY WROCŁAW**” S.A. **siedzibą we Wrocławiu**

przy udziale wykonawcy **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3208/23 po stronie odwołującego

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego **PORR S.A. z siedzibą w Warszawie** kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 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.

Przewodnicząca:

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 3208/23

Uzasadnienie

Zamawiający – „Port Lotniczy Wrocław S.A.” z siedzibą we Wrocławiu, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Budowa i przebudowa płaszczyzn lotniskowych w Porcie Lotniczym we Wrocławiu”, numer referencyjny: 3/2023/NZP, dalej zwane: „Postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 200-626505 w dniu 17 października 2023 roku.

W dniu 27 października 2023 roku Odwołujący działając na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513 pkt 1 i 2, art. 515 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605, dalej zwana „ustawą Pzp”) wniósł odwołanie na niezgodną z przepisami ustawy Pzp czynność Zamawiającego polegającą na ustaleniu nieproporcjonalnych, nadmiernych dla zweryfikowania zdolności wykonawców do wykonania zamówienia oraz niewynikających z rzeczywistych potrzeb Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej i zawodowej w zakresie:

- 1) parametrów i rodzajów inwestycji referencyjnych oraz
- 2) doświadczenia kadry technicznej.

Odwołujący zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie następujących przepisów: art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 oraz art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp wskutek określenia warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej i zawodowej w sposób: (i) nieproporcjonalny, (ii) nadmierny dla zweryfikowania zdolności wykonawców do wykonania zamówienia oraz (iii) niewynikający z rzeczywistych potrzeb Zamawiającego poprzez:

- 1) ustalenie zawyżonych parametrów inwestycji referencyjnej, tj. (i) wielkości nawierzchni lotniskowej na poziomie co najmniej 100 000 m², (ii) 10-letniego okresu referencyjnego, (iii) multiplikowanie doświadczenia poprzez jednoczesne wymaganie wykazania się doświadczeniem w realizacji nawierzchni lotniskowych oraz nawierzchni drogowych, (iv) ograniczenie doświadczenia do uzyskanego wyłącznie na lotniskach, które przed przebudową posiadały kod referencyjny 4D oraz (v) ograniczenie doświadczenia do uzyskanego wyłącznie na lotniskach cywilnych;

2) ustalenie nieadekwatnych i nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia wymagań w stosunku do doświadczenia kadry technicznej: (i) Kierownika Projektu, (ii) Kierownika Budowy, (iii) Kierownika robót w specjalności drogowej, (iv) Kierownika robót w specjalności elektrycznej oraz (v) Kierownika robót w specjalności sanitarnej poprzez wymaganie: (i) wykazania doświadczenia nabytego w okresie 10 lat przed terminem składania ofert, (ii) ograniczenie doświadczenia jedynie do realizacji nawierzchni lotniskowych (z wyłączeniem kierownika robót specjalności drogowej) oraz (iii) ograniczenie doświadczenia do uzyskanego wyłącznie na lotniskach cywilnych.

Odwołujący podał, że posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania, ponieważ jest przedsiębiorcą działającym na rynku budownictwa infrastrukturalnego oraz potencjalnym wykonawcą przedmiotowego zamówienia. W przypadku złożenia atrakcyjnej pod względem cenowym i jakościowym oferty Odwołujący ma realną możliwość uzyskania niniejszego zamówienia publicznego. Jednak wskutek działań i zaniechań Zamawiającego, Odwołujący może ponieść szkodę w postaci braku możliwości złożenia oferty w niniejszym postępowaniu – jego zdaniem Zamawiający ukształtował postanowienia SWZ w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w sposób wadliwy i niekonkurencyjny.

W uzasadnieniu zarzutów, Odwołujący podniósł, że Zamawiający ustalił warunki udziału w Postępowaniu dotyczące zdolności technicznej i zawodowej, w zakresie parametrów inwestycji referencyjnych i doświadczenia kadry w sposób nadmierny i nieadekwatny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a także nieuzasadniony obiektywnymi potrzebami Zamawiającego. Konfiguracja kryteriów kwalifikacyjnych ustalonych przez Zamawiającego mających na celu weryfikację zdolności technicznej i zawodowej Wykonawców oraz kadry technicznej wyłącza, zdaniem Odwołującego, z Postępowania większość wykonawców działających na polskim rynku budowlanym.

Odwołujący podał ponadto uzasadnienie prawne podniesionych zarzutów, przytaczając treść przepisów regulujących kształtowanie warunków udziału w postępowaniu, jak również orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w tym zakresie.

W dniu 30 października 2023 r. Zamawiający opublikował na stronie internetowej prowadzonego Postępowania informację o wniesionym odwołaniu.

W dniu 1 listopada 2023 r., do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia po stronie Odwołującego przez wykonawcę Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie.

W dniu 9 listopada 2023 r., do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło oświadczenia Odwołującego o cofnięciu odwołania w zakresie nieuwzględnionym przez Zamawiającego zgodnie z jego pismem z dnia 7 listopada 2023 r.

Następnie, w dniu 9 listopada 2023 r., Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której poinformował o dokonanych pisemnie w dniu 7 listopada 2023 r. częściowym uwzględnieniu odwołania, w części dotyczącej zarzutów wskazanych w Uzasadnieniu w cz. III odwołania w pkt. 8 i 9 [dot. kodu referencyjnego lotniska] oraz częściowo wobec zarzutu w pkt. 5 [dot. wymagań dotyczących kadry technicznej; Uzasadnienie w cz. III odwołania] w zakresie wymogów wobec Kierownika robót w specjalności drogowej oraz Kierownika robót w specjalności sanitarnej.

Zdaniem Zamawiającego, za ustaleniem warunków udziału w Postępowaniu w takim kształcie przemawiały wartości zadania, jego charakterystyka, zakres, stopień złożoności, warunki realizacji robót oraz status Zamawiającego (Port Lotniczy we Wrocławiu jest lotniskiem cywilnym o kodzie referencyjnym 4D). Zamawiający uwzględnił zarzut dotyczący kodu referencyjnego lotniska i dokonał zmiany kodu z 4D na 4C, w pozostałym zakresie pozostawiając warunki udziału w dotychczasowym brzmieniu. Jednocześnie Zamawiający zmienił (doprecyzował) postanowienia w zakresie sposobu spełnienia ww. warunków modyfikując treść pkt. 7.1.2 SWZ oraz 7.2 SWZ.

Zamawiający w uzasadnieniu przytoczył treść przepisów ustawy Pzp oraz aktów wykonawczych regulujących kształtowanie warunków udziału w postępowaniu, jak również orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w tym zakresie. Zamawiający podkreślił, że warunki udziału w Postępowaniu zostały ustalone w korelacji do przedmiotu zamówienia, jego zakresu i specyfiki organizacji prac, a nie do potencjału konkretnego wykonawcy. Zamawiający, polemizując z argumentami Odwołującego, wyjaśnił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się także podmioty zagraniczne, zaś wymagany okres referencyjny oraz doświadczenie zdobywane przy budowę lotnisk są podyktowane specyfiką zamówienia.

W pozostałym, nieuwzględnionym zakresie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania oraz o obciążenie Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego oraz o zasądzenie na rzecz Zamawiającego kosztów zastępstwa procesowego, kosztów dojazdu oraz kosztów noclegu.

Izba zważyła, co następuje.

Izba nie dopatrzyła się przesłanek, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania, o której mowa w art.

505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz że może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że w ustawowym terminie do postępowania po stronie Odwołującego przystąpił skutecznie jeden wykonawca – Budimex S.A., stając się uczestnikiem postępowania odwoławczego. Do postępowania po stronie Zamawiającego nie przystąpił żaden z wykonawców.

Wobec oświadczenia Zamawiającego o uwzględnieniu odwołania w części oraz Odwołującego o jego wycofaniu w nieuwzględnionym zakresie, a także braku zgłoszonych przystąpień po stronie Zamawiającego, postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu w myśl art. 522 ust. 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 522 ust. 3 ustawy Pzp, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, 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 albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów.

W tym stanie rzeczy niniejsze postanowienie jest w pełni uzasadnione.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b) 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 (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), z którego wynika, że koszty, o których mowa

w § 5 pkt 2 ww. rozporządzenia, znosi się wzajemnie, jeżeli przed otwarciem rozprawy zamawiający uwzględnił w części zarzuty przedstawione w odwołaniu i pozostałe zarzuty zostały przez odwołującego wycofane, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu – w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu. Wniosek Zamawiającego zawarty w treści odpowiedzi na odwołanie, wobec wzajemnego zniesienia kosztów, podlegał oddaleniu jako nieuzasadniony.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:

Członkowie:

.....