Sygn. akt: KIO 2352/23

POSTANOWIENIE

z dnia 21 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Rafał Malinowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 21 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu
7 sierpnia 2023 r. przez wykonawcę Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Województwo Warmińsko – Mazurskie Zarząd Dróg Wojewódzkich w Olsztynie

przy udziale wykonawcy BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

postanawia:

1.Umarza postępowanie odwoławcze.

2.Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 20 000 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) tytułem kwoty uiszczonego wpisu na rzecz wykonawcy Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie.

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 2023 r., poz. 1605) 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 2352/23

UZASADNIENIE

Województwo Warmińsko – Mazurskie Zarząd Dróg Wojewódzkich w Olsztynię dalej jako: „Zamawiający” – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przepisu ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), dalej jako: „ustawa PZP”, którego przedmiotem jest „Rozbudowa międzyregionalnego ciągu komunikacyjnego Kętrzyn – wschodnia granica województwa na odcinkach DW 592, DW 655, DW 653. Etap II „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 655 na odcinku Mazuchówka – Olecko”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty progów unijnych, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy PZP.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej z dnia 20 czerwca 2023 r. pod numerem 2023/S 117-365957.

Dnia 7 sierpnia 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wpłynęło odwołanie wykonawcy„Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (dalej jako: „Odwołujący”), wobec czynności Zamawiającego polegających na ukształtowaniu treści SWZ, w tym dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia i określenia terminu wykonania zamówienia w sposób sprzeczny z przepisami.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 99 ust. 1 i ust. 4 pzp w zw. z art. 134 ust 1 pkt 6, art. 16, art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, art. 8 ust 1 ustawy pzp w zw. z art. 5, art. 353(1) kc i art. 387 kc, art. 137 ust. 1 pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia i określenia terminu wykonania zamówienia (w wyniku dokonania zmiany SWZ i ogłoszenia o zamówieniu w dniu 26.07.2023 r.) w sposób, który nie uwzględnia wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, w szczególności poprzez:
    a. określenie niemożliwego do dochowania terminu wykonania przedmiotu zamówienia i jego części, który to termin końcowy został określony jako 39 miesięcy od daty zawarcia umowy, zaś terminy pośrednie jako:
        i. Etap I: wykonanie aktualizacji dokumentacji projektowej wraz z wnioskami, o których mowa w § 1 ust. 2 pkt 2 i 3 Umowy w terminie 6 miesięcy od dnia zawarcia Umowy,
        ii. Etap II w podziale na:
            1. wykonanie robót budowlanych w terminie 36 miesięcy od dnia zawarcia Umowy,

2.sprawowanie nadzoru autorskiego nad kompletnym projektem w trakcie realizacji robót budowlanych, w okresie od ich rozpoczęcia do zakończenia realizacji umowy,

iii.Etap III: przygotowanie i złożenie do Organu Nadzoru Budowlanego wniosku o pozwolenie na użytkowanie lub uzyskanie skutecznego zawiadomienia o zakończeniu wszystkich robót w terminie 3 miesięcy od dnia zakończenia robót budowlanych.

b.tym samym określenie ww. terminów w sposób niezgodny z naturą stosunku zobowiązaniowego, naruszający bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, równowagę stron i prowadzący do nadużyć prawa podmiotowego, a także czyniący świadczenie niemożliwym i skutkujący nieważnością stosunku zobowiązaniowego poprzez ustalenie niemożliwego do dotrzymania terminu wykonania zamówienia, w tym jego części,

c.a ponadto w sposób niezgodny z żądaniem Odwołującego zawartym w odwołaniu z dnia 30.07.2023 r. (w sprawie KIO 1882/23, które zostało przez Zamawiającego uwzględnione w całości w dniu 12.07.2023 r.), czym Zamawiający naruszył dodatkowo art. 522 ust. 1 ustawy Pzp.

2.naruszenie art. 16 pkt 1, 2 i 3 PZP oraz art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 PZP poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a to przez zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w sposób umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji i wypełnienie obowiązków Inwestora związanych z przygotowaniem postępowania, w szczególności wobec określenia nierealnych terminów wykonania zamówienia i dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z ustawą Pzp, a tym samym uniemożliwienie wykonawcom ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia złożenia porównywalnych ofert.

W związku z postawionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz:

1.Nakazanie unieważnienia zmiany Rozdziału 4 SWZ z dnia 26.07.2023 r.,

2.Nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany w Rozdziale 4 SWZ (i odpowiednio ogłoszeniu i Umowie) poprzez wydłużenie (i) w ramach etapu I okresu na wykonanie aktualizacji dokumentacji projektowej wraz z wnioskami, o których mowa w § 1 ust. 2 pkt 2 i 3 Umowy do 10 miesięcy od dnia zawarcia Umowy (przy założeniu, że w dniu zawarcia Umowy Wykonawca będzie już dysponował pełną dokumentacją projektową przekazaną przez Zamawiającego), (ii) w ramach etapu II okresu na wykonanie i zakończenie robót budowlanych w terminie 40 miesięcy od dnia zawarcia Umowy (przy założeniu, że w dniu zawarcia Umowy Wykonawca będzie już dysponował pełną dokumentacją projektową przekazaną przez Zamawiającego), a w konsekwencji wydłużenie terminu zrealizowania przedmiotu zamówienia do 43 miesięcy od daty podpisania umowy z zastrzeżeniem możliwości zmiany umowy w zakresie terminu i wynagrodzenia m.in. w przypadku gdy organ wprowadzi obowiązek sporządzenia raportu oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko lub nie nada uzyskanym w toku realizacji inwestycji decyzjom administracyjnym rygoru natychmiastowej wykonalności ewentualnie w przypadku, gdy w ramach Etapu I Zamawiający nie wprowadził obowiązku Wykonawcy dokonania zmian jakichkolwiek istniejących decyzji administracyjnych (w tym DŚu i zgody/decyzji o pozwoleniu wodnoprawnym), które miałyby stanowić załącznik do wniosku o decyzję ZRID w myśl art. 11d ustawy z dnia 10 kwietnia 2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych, to wnoszę o: nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian SWZ (w tym OPZ i Umowy) z których jednoznacznie będzie wynikać, że w ramach Etapu I okres na wykonanie aktualizacji dokumentacji projektowej wraz z wnioskami, o których mowa w § 1 ust. 2 pkt 2 i 3 Umowy wynoszący 6 miesięcy od dnia zawarcia Umowy, nie obejmuje obowiązku zmian jakichkolwiek istniejących decyzji administracyjnych (w tym DŚu i zgody/decyzji o pozwoleniu wodnoprawnym), które miałyby stanowić załącznik do wniosku o decyzję ZRID w myśl art. 11d ustawy z dnia 10 kwietnia 2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych i wprowadzenia do Umowy jednoznacznych założeń, których przestrzegać ma wykonawca na etapie sporządzania oferty oraz wprowadzenia do umowy mechanizmu, zgodnie z którym, w przypadku konieczności ich uzyskiwania, wykonawcy przysługiwać będzie prawo do zmiany umowy w zakresie odpowiadającym skutkom wynikającym z konieczności ich uzyskiwania (w tym do zmiany terminu wykonania Umowy oraz wynagrodzenia).

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, wyznaczony do rozpoznania niniejszej sprawy odwoławczej ustalił i zważył, co następuje:

Izba stwierdziła istnienie materialnoprawnych przesłanek do wniesienia odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy PZP. Izba nie stwierdziła istnienia podstaw do odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy PZP.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

Pismem z dnia 17 sierpnia 2023 r. Zamawiający oświadczył, że: *„Działając w imieniu Zamawiającego na podstawie art. 521 (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, ze zm.) – dalej p.z.p., uwzględniam w całości zarzuty odwołania, które zostały wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 7 sierpnia 2023 r. przez odwołującego Strabag sp. z o.o. od czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego: Zaprojektuj i wybuduj dla zadania pn. „Rozbudowa międzyregionalnego ciągu komunikacyjnego Kętrzyn – wschodnia granica województwa na odcinkach DW 592, DW 655, DW 653. Etap II „Rozbudowa drog wojewódzkiej nr 655 na odcinku Mazuchówka – Olecko", znak sprawy ZDW/NZP.IP/PN-1/3220/106/2023, data ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 czerwca 2023 pod numerem 2023/S 117-365957."*

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła, co następuje.

Izba zważyła, że wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu i braku zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, postępowanie odwoławcze należało umorzyć na podstawie art. 522 ust. 1 ustawy PZP. Przepis ten stanowi, że 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 tym stanie rzeczy Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w oparciu o art. 568 pkt 3 ustawy PZP, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 553 ustawy PZP.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy PZP oraz § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), z którego wynika, że jeżeli zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu przed otwarciem rozprawy, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący:……