

POSTANOWENIE
z dnia 21 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Maksym Smorzewski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron postępowania odwoławczego w dniu 21 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 sierpnia 2023 r. przez Strabag spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie w postępowaniu prowadzonym przez Województwo Warmińsko – Mazurskie

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,

2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Strabag spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie kwoty 20 000 zł (dwadzieścia tysięcy złotych) uiszczonej tytułem wpisu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 2266/23

Uzasadnienie

W dniu 9 sierpnia 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Strabag spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie (dalej jako „Odwołujący”) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Zaprojektuj i zbuduj dla zad. pn.: „Rozb. międzyregionalnego ciągu komunikacyjnego Kętrzyn–wsch. gran. woj. na odc. DW 592, DW 655, DW 653. Etap III - „Rozb drogi woj. nr 653 na odc. Olecko-gran woj. Numer referencyjny: ZDW/NZP.IP/PN-1/3220/107/2023”, prowadzonym przez Województwo Warmińsko – Mazurskie (dalej jako „Zamawiający”) wobec treści ogłoszenia o zmianie ogłoszenia o zamówienia oraz dokumentów zamówienia.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

- „1. naruszenie 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 04.08.2023r.) 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: 1) 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, Etap II w podziale na: a) wykonanie i zakończenie robót budowlanych w terminie 36 miesięcy od dnia zawarcia Umowy, b) sprawowanie nadzoru autorskiego nad kompletnym projektem w trakcie realizacji robót budowlanych, w okresie od ich rozpoczęcia do podpisania Protokołu końcowego odbioru robót, 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 1883/23, 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. 133 ust 1 ustawy pzp w zw. z art. 134 ust 1 pkt 4 pzp, art. 137 ust. 1 pzp, art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16, art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez: - dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie i kalkulację oferty na skutek dokonania zmiany SWZ w wyniku udzielenia w dniu 04.08.2023 r. odpowiedzi na pytania Wykonawców (tj. w ramach Pakietu nr 12), w których Zamawiający wskazał, że: • informuje,

że decyzja ZRID zostanie przekazana Wykonawcy wyłonionemu w postępowaniu przetargowym. Planowany termin uzyskania decyzji ZRID to grudzień 2023 r., • informuje, że na etapie podpisywania umowy z Wykonawcą wyłonionym w przedmiotowym postępowaniu przetargowym prześle dokumentację projektową, warunki, uzgodnienia, decyzje oraz inne materiały związane z realizacją inwestycji, przygotowane do dnia podpisania umowy przez Biuro Projektowe działające na podstawie odrębnego postępowania. Powyższe powoduje, że Zamawiający dopuścił się opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie i kalkulację oferty, m. in. z uwagi na: • brak opublikowania ww. dokumentów od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz określenie, że ww. dokumenty zostaną przekazane wyłonionemu w postępowaniu przetargowym wykonawcy na etapie podpisywania umowy. Zamawiający nie określił jakie dokumenty wchodzi w zakres „materiałów związanych z realizacją inwestycji”, a także jakie dokumenty zostaną przygotowane przez ww. Biuro do dnia podpisania umowy, a więc Odwołujący w gruncie rzeczy nie wie o jakich dokumentach jest mowa w OPZ i kiedy je otrzyma, • brak wskazania przez Zamawiającego jednoznacznych założeń, których przestrzegać ma wykonawca na etapie sporządzania oferty w zakresie, który rozstrzygnięty zostanie decyzją ZRID, pozwoleniami wodnoprawnymi, z uwzględnieniem terminu ich uzyskania oraz brak wprowadzenia do umowy mechanizmu, zgodnie z którym, w przypadku, gdy wydane przez organ decyzje (decyzje pozwoleń wodnoprawnych, decyzje o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej) różnić się będą od tych założeń, wykonawcy przysługiwać będzie prawo do zmiany umowy w zakresie odpowiadającym skutkom wynikającym z wymagań decyzji i terminu ich uzyskania (w tym do zmiany terminu wykonania umowy oraz wynagrodzenia), w sytuacji, gdy określił on, że decyzje pozwoleń wodnoprawnych, decyzja o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej nie zostaną przekazane wykonawcom przed terminem składania ofert, a tym samym, że te oraz inne decyzje do terminu składania ofert nie nabeżdą lub mogą nie nabyć waloru ostateczności, • brak wprowadzenia do SWZ postanowień na mocy których w przypadku gdy na skutek aktualizacji dokumentacji wyniknie konieczność dokonania również zmian w uzyskanych decyzjach administracyjnych, w tym decyzjach o pozwoleniu wodnoprawnym i decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, z uwzględnieniem przypadku, gdy organ wyda ową zamienną decyzję w oparciu o kartę informacyjną przedsięwzięcia oraz w przypadku, gdy organ wprowadzi obowiązek sporządzenia raportu oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko, to każdorazowo będzie to przesłanką do wydłużenia terminu realizacji przedmiotu umowy oraz zmiany wynagrodzenia, co uniemożliwia Odwołującemu skalkulowanie ceny oferty w sposób prawidłowy i zabezpieczający wszelkie ryzyka, a dodatkowo uniemożliwia ustalenie zakresu robót koniecznych do wykonania w ramach zamówienia oraz uniemożliwia złożenie przez wykonawców porównywalnych ofert opartych na tych samych założeniach, - brak zapewnienia na stronie internetowej prowadzonego postępowania, od dnia publikacji ogłoszenia z Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pełnego, nieograniczonego dostępu do SWZ poprzez niezamieszczenie dokumentów określonych w pkt 2.4.1 PFU, tj. 1) Mapa sytuacyjno-wysokościowa do celów projektowych; 3) Decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach; 4) Decyzje pozwoleń wodnoprawnych; 5) Decyzja o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej; 7) Projekty podziału nieruchomości z wykazem zmian gruntowych, wykazami współrzędnych oraz protokoły przyjęcia granic nieruchomości; 8) Dokumentacja z utrwalenia punktów granicznych wraz z protokołem i szkicem przebiegu granic oraz Dokumentację niezbędną do wznowienia/ustalenia/wydzielenia granic pasów drogowych znajdujących się w liniach rozgraniczających ustalonych w decyzji ZRID, z uwzględnieniem ich projektowanych kategorii; 9) Dokumentacja formalno-prawna dla nabycia praw do korzystania z nieruchomości znajdujących się poza projektowanymi liniami rozgraniczającymi drogę, a niezbędna do zrealizowania niniejszej inwestycji; 10) Projekt stałej organizacji ruchu; 11) Projekt wykonawczy wielobranżowego; 12) Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych; 13) Przedmiary Robót. Powyższe świadczy również o naruszeniu art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 103 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z §19 pkt 1 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 opisanie przedmiotu zamówienia na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie i kalkulację oferty, z uwagi na brak opublikowania ww. dokumentów, co uniemożliwia Odwołującemu skalkulowanie przez wykonawcę ceny oferty w sposób prawidłowy i zabezpieczający wszelkie ryzyka, a dodatkowo uniemożliwia ustalenie zakresu robót koniecznych do wykonania w ramach zamówienia oraz uniemożliwia złożenie przez wykonawców porównywalnych ofert opartych na tych samych założeniach. Powyższe świadczy dodatkowo o naruszeniu art. 522 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na dokonanie przez Zamawiającego zmiany SWZ w sposób niezgodny z żądaniem Odwołującego zawartym w odwołaniu z dnia 30.07.2023r. (w sprawie KIO 1883/23, które zostało przez Zamawiającego uwzględnione w całości w dniu 12.07.2023r.).

3.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 piśmie datowanym na 17 sierpnia 2023 r. Zamawiający wskazał, że kopia odwołania została przekazana wykonawcom w dniu 10 sierpnia 2023 r. W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „Pzp”) żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W dniu 17 sierpnia 2023 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Zgodnie z art. 522 ust. 1 Pzp „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.”, zaś stosownie do art. 568 pkt 3) Pzp, „Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku o którym mowa w art. 522”.

Wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, w sytuacji, gdy żaden wykonawca nie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zaszyły okoliczności wypełniające hipotezę normy wynikającej z art. 522 ust. 1 Pzp, co uzasadniało umorzenie postępowania odwoławczego, w związku z czym orzeczono jak w punkcie 1. postanowienia.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 Pzp oraz § 9 ust. 1 pkt 2) 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. Zgodnie z art. 557 Pzp „w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego”, stosownie zaś do § 9 ust. 1 pkt 2) lit. a) ww. rozporządzenia „w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości, koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, znosi się wzajemnie, jeżeli przed otwarciem rozprawy zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, 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 - w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Zgodnie z tymi przepisami w punkcie 2. postanowienia Izba nakazała dokonanie zwrotu na rzecz Odwołującego kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący:.....