

POSTANOWENIE
z dnia 24 listopada 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Banaszkiewicz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 24 listopada 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 listopada 2023 r. przez wykonawcę **Eurovia Polska S.A. z siedzibą w Bielanych Wrocławskich** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Powiat Międzyrzecki - Zarząd Dróg Powiatowych w Międzyrzeczu** przy udziale wykonawcy **Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego tj. **Eurovia Polska S.A. z siedzibą w Bielanych Wrocławskich** kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej uiszczony wpis 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. 2023 r. poz. 1605 ze 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:.....

Sygn. akt:KIO 3406/23

....

Uzasadnienie

Zamawiający – Powiat Międzyrzecki - Zarząd Dróg Powiatowych w Międzyrzeczu – prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z 11 września 2019 r. prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm. dalej: „ustawa Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Przebudowa DP Nr 1339F na odcinku od węzła A2 do planowanej obwodnicy i budowa obwodnicy miasta Trzciel” - postępowanie numer I.252.25.2023.IJ. Wartość zamówienia przekracza progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 3 listopada 2023 r. pod numerem nr 2023/S 212-667611.

W dniu 13 listopada 2023 r. wykonawca Eurovia Polska S.A. z siedzibą w Bielanych Wrocławskich wniósł na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513 pkt 1, art. 515 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na sformułowaniu treści SWZ w sposób uniemożliwiający prawidłową wycenę przedmiotu zamówienia, a także w sposób prowadzący do nieporównywalności ofert oraz naruszenia zasady uczciwej konkurencji.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1.art. 99 ustawy Pzp w zw. z art. 103 ustawy Pzp w zw. z art. 647 kc w zw. z art. 20 ust. 1 pkt 2 Ustawy z dnia 07 lipca 2023 r. Prawo budowlane (Dz.U. 2023 poz. 682 t.j.) - (dalej PrBud) w zw. z art. 34 ust. 3 pkt 5 PrBud i art. 33 PrBud w zw. z art. 433 pkt 3 ustawy Pzp poprzez sformułowanie w §1 ust. 1 pkt 3 PPU: §2 pkt 11 PPU. §7 ust. 7 pkt 2 PPU obowiązku uzyskania przez wykonawcę robót budowlanych wszelkich niezbędnych decyzji, zezwoleń, uzgodnień i zatwierdzeń, bez ich enumeratywnego wskazania, w sytuacji gdy zamówienie publiczne jest realizowane w systemie „buduj”, a ww. dokumenty winien uzyskać Inwestor/Projektant, natomiast sam wymóg stanowi zbiór otwarty wymagań, wobec czego wykonawca nie jest w stanie zidentyfikować wszelkich formalności jakich będzie musiał dokonać na etapie realizacji, a tym samym określić czasu niezbędnego na ich uzyskanie oraz kosztów z nimi związanymi.

2.art. 99 ustawy Pzp w zw. z art. 103 ustawy Pzp w zw. z art. 647 kc w zw. z art. 651 kc w zw. z art. 433 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez sformułowanie w 51 ust. 4 PPU obowiązku weryfikacji dokumentacji projektowej dostarczonej przez Zamawiającego i potwierdzenia jej zgodności do wykonania przedmiotu umowy, w sytuacji, gdy wykonawca inwestycji w systemie „buduj” powinien otrzymać dokumentację zdatną do zrealizowania powierzonego zadania, a obowiązki w zakresie weryfikacji dokumentacji spoczywają na Inwestorze.

3.art. 99 ustawy Pzp w zw. z art. 103 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez sformułowanie w 55

ust. 1 pkt 8 PPU i 57 ust. 7 PPU otwartego katalogu obowiązków i czynności jakie wykonawca powinien wykonać w ramach ceny ofertowej, poprzez użycie sformułowań „wykona wszelkie inne prace i czynności konieczne dla wykonania Przedmiotu Umowy” oraz „Wynagrodzenie obejmuje w szczególności”, co uniemożliwia precyzyjną wycenę zamówienia i prowadzi do nieporównywalności ofert oraz możliwość nieograniczonego kreowania obowiązków Wykonawcy.

4.art. 99 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez sformułowanie w §5 ust. 7 PPU obowiązku wyceny i ewentualnego przeprowadzenia ratowniczych badań archeologicznych, których zakresu wykonawca nie jest w stanie określić na etapie składania ofert oraz ujęciu takiej wyceny jako z góry określonej wartości, niezależnej od rozmiaru koniecznych do przeprowadzenia badań i rozmiaru czynności niezbędnych do przeprowadzenia w związku ze znaleziskiem.

5.art. 99 ustawy Pzp w zw. z art. 103 ustawy Pzp i art. 647 kc poprzez sformułowanie w §7 ust. 8 PPU obowiązku ujęcia w ofercie kosztów, które nawet gdy nie są wprost wskazane w dokumentacji projektowej, będą uznawane za objęte zakresem przedmiotu umowy i wynagrodzenia.

6.art. 439 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sformułowanie w §32 ust. 1 pkt 1 PPU momentu rozpoczęcia waloryzacji po 12 miesiącu realizowania umowy o roboty budowlane, w sytuacji, w której mechanizm waloryzacji powinien rozpocząć się po 6 miesiącu realizacji umowy.

7.art. 439 ust. 2 pkt 2 lit. a ustawy Pzp poprzez zastosowanie w 532 ust. 1 pkt 3 PPU wskaźnika, który wbrew treści PPU nie jest publikowany przez GUS, tj. wskaźnika ceny produkcji budowlano-montażowej ogółem, który nie obrazuje zmiany cen w stosunku do daty złożenia ofert, ale różnicę w stosunku miesiąca poprzedzającego lub rok do roku.

8.art. 99 ustawy Pzp w zw. z art. 103 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie niewłaściwego opisu przedmiotu zamówienia, polegającego na niezłączeniu do SWZ dokumentacji inwentaryzacyjnej oraz wyników badań dotyczących robót wykonanych przez wykonawcę INFRAKOM Kościan sp. z o.o. sp. komandytowo-akcyjna z siedzibą w Kościanie w ramach zamówienia nr 2021/S/098-252662 prowadzonego pn. „Przebudowa DP Nr 1339F na odcinku od węzła A2 do planowanej obwodnicy i budowa obwodnicy miasta Trzciel”, z pominięciem wskazani parametrów ilościowych, jak i jakościowych tamtejszej realizacji, co uniemożliwia precyzyjną wycenę zamówienia i prowadzi do nieporównywalności ofert, jak też stawia w korzystniejszej pozycji poprzedniego wykonawcę robót, naruszając tym samym zasady konkurencji.

Mając na uwadze powyższe odwołujący wnosil o:

1.Nakazanie Zamawiającemu zmiany w:

a.§1 ust. 1 pkt 3 PPU poprzez wykreślenie fragmentu „oraz uzyskanie wszelkich niezbędnych decyzji, zezwoleń, uzgodnień i zatwierdzeń” lub wskazanie konkretnych decyzji, zezwoleń, uzgodnień i zatwierdzeń jakie wykonawca winien uzyskać w ramach czasu i wynagrodzenia umownego,

b.§2 pkt 11 PPU poprzez wykreślenie fragmentu „oraz wszelkie inne opracowania niezbędne dla prawidłowej realizacji Inwestycji łącznie z uzyskaniem w imieniu Zamawiającego wymaganych decyzji, zezwoleń, uzgodnień i zatwierdzeń” lub wskazanie konkretnych decyzji, zezwoleń, uzgodnień i zatwierdzeń jakie wykonawca winien uzyskać w ramach czasu i wynagrodzenia umownego,

c.§7 ust. 7 pkt 2 PPU poprzez wykreślenie fragmentu „opinii, uzgodnień, decyzji” lub wskazanie konkretnych opinii, uzgodnień i decyzji jakie wykonawca winien uzyskać w ramach czasu i wynagrodzenia umownego,

2.Nakazanie Zamawiającemu zmianę w §1 ust. 4 PPU poprzez skreślenie fragmentu „i nie wnosi do nich żadnych uwag ani zastrzeżeń, w szczególności potwierdza, że dokumenty te umożliwiają prawidłowe zrealizowanie Przedmiotu Umowy”.

3.Nakazanie Zamawiającemu zmianę w:

a.§5 ust. 1 pkt 8 PPU poprzez jego wykreślenie lub modyfikację polegającą na wskazaniu szczegółowego zakresu obowiązków Wykonawcy,

b.§7 ust. 7 PPU poprzez wykreślenie zwrotu „w szczególności”.

4.Nakazanie Zamawiającemu zmianę w §5 ust. 7 PPU poprzez usunięcie obowiązku wyceny i prowadzenia ratowniczych badań archeologicznych, a także ograniczenia obowiązków wykonawcy do prowadzenia nadzoru archeologicznego nad inwestycją lub wprowadzenia rozliczenia prowadzenia badań archeologicznych jako robót

dotychczasowych powodujących zmianę wynagrodzenia i terminu realizacji zadania, gdzie zmiana wynagrodzenia będzie uzależniona od faktycznego rozmiaru oraz zakresu prowadzonych badań,

5. Nakazanie Zamawiającemu zmianę w §7 ust. 8 PPU poprzez wykreślenie fragmentu „i to nawet wtedy, gdy nie są one wprost wskazane w Dokumentacji Projektowej”.

6. Nakazanie Zamawiającemu zmianę w §32 ust. 1 pkt 1 PPU poprzez zmianę fragmentu „po upływie 12 miesięcy” na „po upływie 6 miesięcy”.

7. Nakazanie Zamawiającemu zmianę w §32 ust. 1 pkt 3 PPU poprzez wskazanie czy do wyliczenia waloryzacji będzie wykorzystywany wskaźnik publikowany na stronach GUS, a jeżeli tak to czy będzie to wskaźnik pokazujący zmianę miesiąc do miesiąca czy też rok do roku lub wskazanie, metody wyliczania zmiany we wskaźniku produkcji montażowej pomiędzy datą odniesienia, a datą wnioskowania o waloryzację.

8. Nakazanie Zamawiającemu załączenie do SWZ dokumentacji inwentaryzacyjnej oraz wyników badań dotyczących robót wykonanych przez wykonawcę IN FRAKOM Kościan sp. z o.o. sp. komandytowo- akcyjna z siedzibą w Kościanie w ramach zamówienia zamówieniu nr 2021/S/098-252662 prowadzonego, pn. „Przebudowa DP Nr 1339F na odcinku od węzła A2 do planowanej obwodnicy i budowa obwodnicy miasta Trzciel”.

Jednocześnie odwołujący wnosil o uznanie odwołania za zasadne i orzeczenie zgodnie z wnioskami odwołującego, jak też o zasądzenie kosztów postępowania zgodnie z normą prawem przepisana.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w ustawowym terminie zgłosił wykonawca Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu Strony nie zgłosiły opozycji przeciw przystąpieniu tego wykonawcy do postępowania odwoławczego, w związku z czym Izba postanowiła dopuścić Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie odwołującego.

W dniu 21 listopada 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo procesowe zawierające oświadczenie zamawiającego, że uwzględni on w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu i zgodnie z treścią żądań sformułowanych przez odwołującego w odwołaniu dokonuje zmiany specyfikacji warunków zamówienia.

W przedmiotowej sprawie zamawiający uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu w całości, a przystąpienia do postępowania po stronie zamawiającego nie wniósł żaden wykonawca.

Wobec powyższego postępowanie odwoławcze należało umorzyć, stosownie do dyspozycji art. 522 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych 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 (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), z którego wynika, że 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.

Przewodnicząca:.....