

Sygn. akt: KIO 944/20

POSTANOWIENIE
z dnia 30 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 30 czerwca 2020r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 maja 2020r. przez **wykonawcę AGROBEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Kochanowskiego 7** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Poznańskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Konfederacka 4**

przy udziale **wykonawcy Hochtief Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Żwirki i Wigury 14** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 944/20 po stronie zamawiającego

postanawia :

- 1. Umorzyć postępowanie**
2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 18 000zł. 00 gr. (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy AGROBEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Kochanowskiego 7 tytułem i wykonawcę Skanska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, al. Solidarności 173 zwrotu 90% wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz.1843) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Budowę zespołu budynków mieszkalnych wielorodzinnych z garażem podziemnym na polu inwestycyjnym 7 MW zlokalizowanym w Poznaniu pomiędzy ulicami : Literacka/Wiencka/Zawackiej wraz z uzyskaniem prawomocnej decyzji pozwolenie na użytkowanie" zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 24 kwietnia 2020r. za numerem 2020/S 081-189921.

W dniu 4 maja 2020r. wykonawca AGROBEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Kochanowskiego 7 – zwany dalej odwołującym wniósł odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 4 maja 2020r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu :

- 1) naruszenie art. 22 ust. 1a ustawy przez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w zakresie, w jakim zamawiający wskazał w SIWZ, że zdolność techniczną do realizacji przedmiotowego zamówienia posiadają ci wykonawcy, którzy wykażą, że zrealizowali zespół garaży o łącznej powierzchni min. 1.501,00 m², podczas, gdy przedmiot zamówienia obejmuje wykonanie (znajdującego się pod zespołem budynków) jednego garażu podziemnego wielostanowiskowego o powierzchni 11.218,29 m², co oznacza, że w takim garażu (którego powierzchnia przekracza 1.500,00 m²) istnieje obowiązek zamontowania specjalistycznej i skomplikowanej technologicznie instalacji wentylacji oddymiającej uruchamianej za pomocą systemu wykrywania dymu (takiego obowiązku nie ma w zespole mniejszych garaży-tj. o powierzchni każdego z nich mniejszej niż 1500 m²- niezależnie od ich łącznej powierzchni).
- 2) naruszenie art. 22 ust. 1a ustawy przez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w zakresie, w jakim zamawiający wskazał w SIWZ, że spełnia warunki udziału w postępowaniu (w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej) wykonawca, który wykaże, że jego łączny obrót za ostatnie trzy lata obrotowe wynosi 60 milionów złotych, czyli 20 milionów złotych rocznie, co stanowi zaledwie połowę rocznych obrotów wykonawcy, które ten będzie musiał zrealizować w przypadku powierzenia mu wykonania zadania objętego przetargiem, którego dotyczy niniejsze odwołanie.
- 3) naruszenie art. 22 ust. 1a ustawy przez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w zakresie, w jakim zamawiający wskazał w SIWZ, że do wykazania posiadania zdolności

zawodowej wystarczające jest, że wykonawca wykaże, iż dysponuje osobą zdolną do pełnienia funkcji kierownika budowy (postanowienie V „Warunki udziału w postępowaniu” pkt 1 ppkt 2) lit d) SIWZ), mimo, że w treści § 9 wzoru umowy o roboty budowlane, stanowiącego załącznik do SIWZ, zamawiający nałożył na wykonawcę ponadto obowiązek zapewnienia wykonania robót przez : kierownika robót branży budowlanej, kierownika instalacji branży sanitarnej, kierownika instalacji branży elektrycznej, kierownika drogowego, kierownika robót w specjalności telekomunikacyjnej w zakresie telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą telekomunikacyjną.

4) naruszenie art. 353(1) k.c. w związku z art. 14 ust. 1 ustawy i w związku z art. 139 ust. 1 ustawy oraz naruszenie art. 2 pkt 5) ustawy przez ułożenie stosunku zobowiązaniowego pomiędzy zamawiającym a wykonawcą w sposób sprzeczny z zasadami współzycia społecznego na skutek sformułowania w postanowieniach SIWZ bezpodstawnego żądania, aby cena oferty I etapu nie przekraczała 51% w stosunku do ceny oferty całego zamówienia, mimo, że ustalenie wysokości oferowanej ceny należy do wyłącznej kompetencji wykonawcy, a nadto odwołujący szacuje, że wartość robót objętych etapem I wynosi 58% wartości robót całego zamówienia.

5) naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy przez opisanie przedmiotu zamówienia, w części dotyczącej przebudowy zjazdów i chodników (postanowienie oznaczone jako III. „Opis przedmiotu zamówienia” pkt 1 ppkt 1) lit. d) SIWZ) w sposób niejednoznaczny, uniemożliwiający odwołującemu dokonanie oszacowania wartości robót objętych zamówieniem i w konsekwencji sporządzenie oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu :

1) w postanowieniu V zatytułowanym „ Warunki udziału w postępowaniu” w pkt 1 ppkt 2) lit. c) SIWZ, obejmującym opis sposobu dokonania oceny spełniania warunku posiadania zdolności technicznej - wykreślenia słów w brzmieniu : „lub wraz z zespołem garaży podziemnych wielostanowiskowych o łącznej powierzchni użytkowej min. 1.501,00 m²”, w taki sposób, że zdanie pierwsze wskazanego postanowienia otrzyma następujące nowe brzmienie:

„Wykonawca zobowiązany jest wykazać, że posiada zdolność techniczną polegającą na wykonaniu w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, prawidłowo, terminowo i zgodnie z zasadami wiedzy technicznej co najmniej jednej roboty budowlanej o wartości co najmniej 20 mln zł {słownie : dwadzieścia milionów złotych} obejmującej wykonanie min. jednego budynku mieszkalnego wielorodzinnego lub zespołu budynków mieszkalnych wielorodzinnych wraz z instalacjami i urządzeniami technicznymi (elektrycznymi, teletechnicznymi i sanitarnymi, z kompleksową infrastrukturą zewnętrzną i urządzeniem terenu, o powierzchni użytkowej budynku/ów min. 10.000,00 m² (dziesięć tysięcy metrów kwadratowych) lub ze 100 lokalami mieszkalnymi, wraz z garażem podziemnym wielostanowiskowym o powierzchni użytkowej

min. 1.501,00 m² (tysiąc pięćset jeden metrów kwadratowych), które są zakończone, odebrane i na które została wydana ostateczna decyzja o pozwoleniu na użytkowanie."

2) w postanowieniu V zatytułowanym „Warunki udziału w postępowaniu” w pkt 1 ppkt 2) lit b) SIWZ obejmującym opis sposobu dokonania oceny spełniania warunku posiadania sytuacji ekonomicznej lub finansowej - dokonania zmiany postanowienia objętego dalszą literą b. w dotychczasowym brzmieniu: „b. łączny obrót działalności firmy za ostatnie 3 lata obrachunkowe (a jeżeli okres działalności jest krótszy - za ten okres) jest nie mniejszy niż 60 mln zł (słownie : sześćdziesiąt milionów złotych)” w taki sposób, że przedmiotowe postanowienie otrzyma następujące nowe brzmienie :

„b. łączny obrót działalności firmy za ostatnie 3 lata obrachunkowe (a jeżeli okres działalności jest krótszy - za ten okres) jest nie mniejszy niż 120 mln zł (słownie; sto dwadzieścia milionów złotych)”

3) w postanowieniu V zatytułowanym „Warunki udziału w postępowaniu” w 1 ppkt 2) lit. d) SIWZ obejmującym opis sposobu dokonania oceny spełniania warunku posiadania zdolności zawodowej - uzupełnienia wskazanego postanowienia przez wskazanie, że wykonawca zobowiązany jest wykazać, iż dysponuje osobami zdolnymi do pełnienia funkcji : kierownika robót branży budowlanej, kierownika instalacji branży sanitarnej, kierownika instalacji branży elektrycznej, kierownika drogowego, kierownika robót w specjalności telekomunikacyjnej w zakresie telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą telekomunikacyjną.

4) w postanowieniu XIII zatytułowanym „Opis sposobu obliczania ceny” SIWZ wykreślenie:

a) punktu 11 w brzmieniu : „11. Cena oferty I etapu nie może przekroczyć 51% w stosunku do ceny oferty całego zamówienia”,

b) punktu 12 w brzmieniu : „12. Nie zachowanie prawidłowej struktury ceny ofertowej pomiędzy ceną I etapu a ceną II etapu powodować będzie odrzucenie oferty!!!”.

5) w postanowieniu III zatytułowanym „Opis przedmiotu zamówienia” w pkt 1 ppkt 1) lit d) SIWZ obejmującym opis zakresu inwestycji w części dotyczącej przebudowy zjazdów i chodników oraz budowy fragmentów chodnika - dokonania zmiany tego postanowienia w taki sposób, aby wynikało z niego w sposób jednoznaczny to, czy przedmiotowe roboty wchodzi, czy też nie wchodzi w zakres robót objętych zamówieniem.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż ma zamiar złożyć ofertę w przedmiotowym przetargu. Obecny przetarg jest trzecim już przetargiem, obejmującym dalszy etap tej samej inwestycji prowadzonej przez tego samego zamawiającego. Odwołujący wygrał poprzednie przetargi i zrealizował pierwszy etap oraz realizuje obecnie drugi etap inwestycji zamawiającego. Z tego względu odwołujący jest żywo zainteresowany realizacją dalszych etapów inwestycji prowadzonej przez zamawiającego.

Odwołujący poniesie szkodę na skutek sformułowania przez zamawiającego postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób sprzeczny z wyżej wskazanymi

przepisami ustawy i kodeksu cywilnego. W szczególności, na skutek sformułowania przez zamawiającego wymogu, aby oferowana cena za zamówienie podstawowe stanowiła jedynie 51% wynagrodzenia przewidzianego za cały przedmiot zamówienia (tj. łącznie z etapem zamówienia objętym prawem opcji), mimo, że w ocenie odwołującego wartość I etapu zamówienia stanowi aż 58% wartości całego zamówienia powoduje, że odwołujący zmuszony będzie zrezygnować ze złożenia oferty w przedmiotowym przetargu, tracąc tym samym spodziewane korzyści wynikające z uzyskania zamówienia i jego realizacji. Nawet, gdyby odwołujący złożył ofertę, to także będzie mógł ponieść szkodę w przypadku, gdyby zamawiający nie udzielił zamówienia objętego prawem opcji (II etap). W takim bowiem przypadku odwołujący wykonałby tylko etap I zamówienia, realizując 58% wartości całego zamówienia, lecz otrzymując jedynie 51% wynagrodzenia przewidzianego za realizację całego zamówienia. Odwołujący poniósłby wówczas stratę.

Odwołujący może ponieść szkodę także na skutek dokonania przez zamawiającego określenia warunków udziału w postępowaniu w sposób uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia (opisany w zarzutach). Zamawiający poszerzając krąg podmiotów uprawnionych do wzięcia udziału w przetargu o takie, które nie posiadają wystarczającej wiedzy i doświadczenia ani sytuacji ekonomicznej lub finansowej niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia spowodował, że odwołujący zmuszony będzie konkurować z podmiotami, które nie muszą utrzymywać licznej i wysoko wyspecjalizowanej kadry inżynierskiej, co powoduje, że te podmioty ponoszą mniejsze koszty osobowe i mogą dzięki temu zaproponować niższą cenę. Odwołujący będąc zmuszony do konkurowania z takimi wykonawcami może utracić możliwość uzyskania zamówienia.

Ponadto odwołujący może ponieść szkodę na skutek niepewności co do tego, czy przebudowa zjazdów i chodników wchodzi w zakres przedmiotu umowy. Jeśli odwołujący nie wliczy kosztu tych robót do oferowanej ceny (bo nie wiadomo, czy będą one realizowane), a następnie zamawiający zażąda ich wykonania, to odwołujący poniesie stratę. Natomiast wliczając koszt wykonania tych robót do oferowanej ceny, odwołujący może stracić szansę wygrania przetargu, mimo, że później zamawiający zrezygnuje z wykonywania tych robót.

W dniu 5 maja 2020r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania.

W dniu 8 maja 2020r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił swój udział wykonawca Hochtief Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Żwirki i Wigury 14 wnosząc o uwzględnienie odwołania. Zgłaszający wskazał, że zamierza złożyć ofertę w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Budowa zespołu budynków mieszkalnych wielorodzinnych z garażem podziemnym na polu inwestycyjnym 7 MW zlokalizowanym w Poznaniu pomiędzy ulicami:

Literacka/Wiencka/Zawackiej wraz z uzyskaniem prawomocnej decyzji pozwolenia na użytkowanie".

W interesie przystępującego pozostaje, aby ww. postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało przeprowadzone w sposób prawidłowy i zgodny z przepisami powszechnie obowiązującego prawa. W tym miejscu przystępujący oświadczył, że w pełni podziela zarzuty, wnioski oraz argumenty przedstawione w uzasadnieniu ww. odwołania z dnia 04 maja 2020 r. wniesionego przez odwołującego i wskazał, aby traktować je jako tożsame ze stanowiskiem przystępującego w niniejszej sprawie. Przystępujący wskazał, że uzyskanie rozstrzygnięcia sprawy na korzyść odwołującego, będzie tożsame z rozstrzygnięciem tej sprawy zgodnie z interesem przystępującego, a w szczególności pozwoli przystępującemu na:

- potwierdzenie przez przystępującego dokonania prawidłowej oceny posiadania zdolności do należytego wykonania zamówienia,
- przygotowanie jego oferty w sposób prawidłowy, w oparciu o rzetelnie, należyście i wyczerpująco opisany przedmiot zamówienia, co w konsekwencji pozwoli na dostosowanie zaoferowanej przez przystępującego ceny do – dających się w sposób racjonalny przewidzieć i oszacować na etapie składania oferty – zakresu przedmiotu umowy oraz spodziewanych ryzyk związanych z jego realizacją, tj. do wymagań zamawiającego,
- w przypadku wyboru oferty przystępującego, zawarcie umowy (w szerokim rozumieniu tego pojęcia, tj. jako wszelkie dokumenty kształtujące treść stosunku prawnego, który powstanie pomiędzy stronami) na realizację ww. zamówienia publicznego o treści rzeczywistnie istniejącej m. in. zasady równości kontraktowej stron (w tym równomiernego rozłożenia ryzyk), uczciwego kontraktowania i słuszności kontraktowej, proporcjonalności (racjonalności), przejrzystości, tj. zawarcie umowy, której postanowienia, w sposób nieuzasadniony i sprzeczny z zasadami współżycia społecznego, nie będą nadmiernie – w stosunku m. in. do celu, w jakim zamówienie ma zostać zrealizowane – faworyzować zamawiającego i obciążać przystępującego.

Zgłoszenie zostało podpisane przez prokurenta samoistnego ujawnionego w KRS i upoważnionego do reprezentacji. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 8 maja 2020r.

W dniu 30 czerwca 2020r. odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania.

Termin posiedzenia z udziałem stron został wyznaczony na dzień 1 lipca 2020r.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba ustaliła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w związku z potencjalnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy, czym została wypełniona przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy.

Przepis art. 187 ust. 8 ustawy stanowi, iż odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze, przy czym, jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90 % wpisu.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze ustawy, na posiedzeniu umorzyła postępowanie odwoławcze.

Zgodnie z art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy, orzeczono o zwrocie odwołującemu 90% kwoty uiszczanego wpisu.

Izba postanowiła nie zasądzić na rzecz zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego z tego względu, że brak jest takiego wniosku zamawiającego, a nadto wycofanie odwołania nastąpiło na więcej niż jeden dzień niż wyznaczony termin posiedzenia.

Przewodniczący: