

Sygn. akt: KIO 1842/11

POSTANOWIENIE
z dnia 7 września 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 7 września 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 sierpnia 2011 r. przez wykonawcę **Hydrobudowa Gdańsk S.A., 80-264 Gdańsk, ul. Grunwaldzka 135** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Portu Morskiego Mrzeżyno, 72-330 Mrzeżyno, ul. Portowa 6**

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Hydrobudowa Gdańsk S.A., 80-264 Gdańsk, ul. Grunwaldzka 135** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Hydrobudowę Gdańsk S.A., 80-264 Gdańsk, ul. Grunwaldzka 135** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Hydrobudowy Gdańsk S.A., 80-264 Gdańsk, ul. Grunwaldzka 135** na rzecz **Zarządu Portu Morskiego Mrzeżyno, 72-330 Mrzeżyno, ul. Portowa 6** kwotę **5 202 zł 10 gr** (słownie: pięć tysięcy dwieście dwa złote dziesięć groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, noclegu oraz dojazdu na posiedzenie przed KIO.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Szczecinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Morskiego Portu Mrzeżyno, Portowa 6; 72-330 Mrzeżyno prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Modernizację portu rybackiego w Mrzeżynie*”, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 26 lipca 2011 r. pod numerem 2011/S 141-234001.

Dnia 16 sierpnia 2011 roku Zamawiający zawiadomił wykonawców o modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się wykonawca „Hydrobudowa Gdańsk” S.A., ul. Grunwaldzka 135; 80-264 Gdańsk (zwany dalej „Odwołującym”) i dnia 26 sierpnia 2011 roku wniósł, za pomocą Elektronicznej Skrzynki Podawczej, odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że nie dokonał modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia zgodnie z wszystkimi żądaniami wykonawcy, tj.:

- 1) nie dokonał uzupełnienia części opisowej i informacyjnej PFU, poprzez:
 - a) przedłożenie badań gruntowo- wodnych na terenie budowy koniecznych do należytego posadowienia obiektów,
 - b) zamieszczenie wyników aktualnych badań sondażowych głębokości w granicach projektowanej inwestycji (badania sondażowe z sierpnia 2010 r. udostępnione przez Zamawiającego są nieaktualne),
 - c) przedłożenie w części projektowej dla etapu 7 (brak projektu nr 223/2/08) w zakresie części opisowej i graficznej, tj. określenie lokalizacji etapu 7 na mapie, wskazanie planu zagospodarowania terenu z naniesieniem sieci i urządzeń wod-kan, energetycznych, gazowych i sanitarnych w zakresie tego etapu oraz infrastruktury technicznej i architektury, dróg i komunikacji do budynków (Zamawiający udostępnił jedynie przedmiary dotyczące projektu nr 233/2/08 oraz w wyniku modyfikacji SIWZ z dnia 16 sierpnia 2011 r. wskazał w Rozdziale IV pkt.II.10. SIWZ, iż posiada jedynie wersję papierową projektu nr 233/2/08, który może być przesłany zainteresowanym w ramach wykupienia dokumentacji przetargowej),

alternatywnie

d) pomimo uwzględnienia całości zarzutów odwołania z dnia 5 sierpnia 2011 r. oraz nie wypełnienia żądań Odwołującego wskazanych powyżej Zamawiający nie unieważnił przedmiotowego postępowania przetargowego w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 PZP, wobec zaistnienia wady prawnej postępowania prowadzącej do niemożliwości zawarcia ważnej umowy, które to zaniechanie prowadzi do naruszenia w/w art. 186 ust. 2 PZP, na mocy którego Zamawiający jest zobowiązany do wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, a także naruszenia zasady uczciwej konkurencji wyrażonej w art. 7 ust. 1. PZP oraz art. 29 ust 2 PZP, ograniczenia zasady jawności określonej w art. 8 ust. 1 PZP, a także ustawowy obowiązek opisanego przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszelkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty poprzez sporządzenie PFU w sposób niezgodny z odnośnymi przepisami, a więc z pominięciem przepisu art. 29 ust. 1 PZP, art. 31 ust. 2 i 3 PZP, a także przepisów Rozdziału 4 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 roku w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno- użytkowego (Dz. U. z 2004 r. Nr 202, poz. 2072 ze zm.).

Zarzucając powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu wypełnienia w całości żądań odwołania z dnia 5 sierpnia 2011 r. zgodnie z uwzględnionymi w całości jego zarzutami bądź alternatywnie unieważnienie przedmiotowego postępowania przetargowego w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 PZP w związku z art. 146 ust. 6 PZP, wobec zaistnienia wady prawnej postępowania prowadzącej do niemożliwości zawarcia ważnej umowy.

Odwołujący wskazał, iż zachodzi poważna przeszkoda prawna w dalszym prowadzeniu przez Zamawiającego niniejszego postępowania, gdyż w świetle przepisów ustawy PZP brak dokonania przez Zamawiającego jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, a więc elementu fundamentalnego dla przetargu, powinien skutkować obligatoryjnym unieważnieniem postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 PZP w związku z art. 146 ust. 6 tejże ustawy. W przypadku bowiem, gdy przedmiot zamówienia nie został sprecyzowany, nie istnieje możliwość zawarcia ważnej umowy z uwagi na brak możliwości ustalenia obiektu, który wykonawca winien oddać zamawiającemu w ramach realizacji umowy o roboty budowlane (art. 647 KC). Nadto niespełnienie przez Zamawiającego wymogów rozporządzenia o dokumentacji w zakresie poprawności opisu

przedmiotu zamówienia wprowadza wykonawców w błąd, co w świetle ugruntowanej linii orzeczniczej KIO jest niedopuszczalne. Przeniesienie bowiem na wykonawcę obowiązku zaprojektowania robót nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku przygotowania dokumentacji poprzedzającej fazę projektowania, zgodnie z przepisami. W świetle naruszeń, których dopuścił się Zamawiający, opisanych w treści odwołania z dnia 5 sierpnia 2011 r. i pomimo uwzględnienia ich w całości, nie dokonał czynności zgodnie z żądaniami Odwołującego, a co za tym idzie, wobec niezgodnego z odnośnymi przepisami opisu przedmiotu zamówienia, Zamawiający w dalszym ciągu narusza przepisy art. 7 ust. 1, 29 ust. 1 i 2, 31 ust. 2 i 3 PZP, a także inne wskazane w treści powyższych zarzutów oraz uzasadnienia do przedmiotowego odwołania. Odwołujący, wobec zakresu żądania sformułowanego w ramach przedmiotowego odwołania, wskazał, iż zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 PZP, posiada niewątpliwy interes we wniesieniu odwołania, wobec możliwości poniesienia realniejszej szkody, czy to z uwagi na ewentualną utratę możliwości uczestnictwa w przetargu i złożenia konkurencyjnej oferty, czy też ewentualnego wzięcia udziału w postępowaniu, które obarczone jest wadą prawną uniemożliwiająca podpisanie ważnej umowy.

Kopię odwołania, Odwołujący przekazał Zamawiającemu w dniu 26 sierpnia 2011 roku.

Zamawiający, dnia 26 sierpnia 2011 roku wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden z wykonawców.

Zamawiający, dnia 5 września 2011 roku (pismem z dnia 1 września 2011 r.) złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania ewentualnie, w przypadku uznania, że zachodzą podstawy do takiego rozstrzygnięcia, w szczególności przy uznaniu, że Zamawiający uwzględnił zarzuty Odwołującego – o umorzenie postępowania odwoławczego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas posiedzenia, Izba stwierdziła, iż odwołanie należało odrzucić na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Przepis art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp nakazuje Izbie odrzucenie odwołania, jeżeli odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub

sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Odwołujący w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 1682/11 stawiając zarzuty Zamawiającemu żądał m.in.

- przedłożenia, w części informacyjnej PFU (Programu Funkcjonalno-Użytkowego), badań gruntowo-wodnych na terenie budowy koniecznych dla należytego posadowienia obiektów (żądanie Nr 3),
- załączenia projektu Nr 233/2/08 dla etapu 7 w zakresie części opisowej i graficznej z lokalizacją etapu 7 na mapie, planem zagospodarowania terenu (...) (żądanie Nr 4),
- zamieszczenie wyników aktualnych badań sondażowych głębokości w granicach projektowanej inwestycji (żądanie Nr 7).

Niewypełnienie powyższych żądań stanowiło podstawę do wniesienia w dniu 26 sierpnia 2011 roku odwołania, w którym Odwołujący żądał uzupełnienia dokumentacji postępowania jw.

W trakcie prowadzonego posiedzenia, w wyniku wyjaśnień złożonych przez Zamawiającego, Odwołujący wycofał zarzuty dotyczące niewykonania żądań odwołania o sygn. akt KIO 1682/11 w zakresie żądania Nr 4 i 7.

Tym samym pod ocenę Izby pozostał zarzut niewypełnienia żądania odwołania o sygn. akt KIO 1682/11 w zakresie żądania Nr 3.

Zamawiający, pismem z dnia 12 sierpnia 2011 roku uwzględniając odwołanie wykonawcy Hydrobudowa Gdańsk S.A., w sprawie o sygn. akt KIO 1682/11 wskazał, iż *w myśl § 19 pkt 4 ppkt g rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 roku w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno- użytkowego (Dz. U. z 2004 r. Nr 202, poz. 2072 ze zm.) „Część informacyjna programu funkcjonalno-użytkowego obejmuje inne posiadane informacje i dokumenty niezbędne do zaprojektowania robót budowlanych.”. Oznacza to, iż w razie braku takowych dokumentów nie ma obowiązku ich dołączania.*

Krajowa Izba Odwoławcza powiadomiona o stanowisku Zamawiającego w przedmiocie odwołania KIO 1682/11, w tym o jego uwzględnieniu i podjętych w związku z tym czynnościach postanowieniem z dnia 17 sierpnia 2011 roku, umorzyła postępowanie odwoławcze.

W ocenie Izby Odwołujący, świadomy powyższego rozstrzygnięcia, nie zgadzając się z nim, posiadał uprawnienie do zaskarżenia powyższego postanowienia o sygn. akt KIO 1682/11, w trybie przepisu art. 198a ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Jak wynika bowiem z pisma Zamawiającego z dnia 12 sierpnia 2011 roku, Zamawiający jasno i precyzyjnie wskazał, które przepisy znajdują zastosowanie w przedmiotowym

postępowaniu, tj. § 19 pkt 4 ppkt g rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 roku w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego. Tym samym Odwołujący był w posiadaniu informacji, jaki tryb przyjął Zamawiający, co w kontekście stawianych zarzutów przedmiotowego odwołania stanowi niejako powtórzenie zarzutów i żądań jak w odwołaniu o sygn. akt KIO 1682/11.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie dotyczy czynności, które Zamawiający wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu o sygn. akt KIO 1682/11.

Zgodnie z przepisem § 19 pkt. 4 lit. g rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego z dnia 2 września 2004 r. *„Część informacyjna programu funkcjonalno-użytkowego obejmuje inne posiadane informacje/dokumenty niezbędne do zaprojektowania robót budowlanych”*. Oznacza to, iż warunkiem koniecznym dołączenia dokumentów jest ich posiadanie, a zatem w przypadku ewentualnego braku przez Zamawiającego jakichś dokumentów, oczywistym jest, że Zamawiający nie ma możliwości ich dołączenia.

Jedynie na marginesie Izba wskazuje, iż słuszne jest stanowisko Zamawiającego, że Odwołujący błędnie powołuje się na przepisy rozporządzenia MSWiA z dnia 24.09.1998r. w sprawie ustalania geotechnicznych warunków posadowienia obiektów budowlanych. Zastosowanie znajdują bowiem przepisy rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 1 czerwca 1998 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać morskie budowle hydrotechniczne i ich usytuowanie, gdzie w treści § 36-41 zostały określone szczegółowe zasady badania podłoża gruntowego przed przystąpieniem do projektowania. Oznacza to m.in., że wykonawca, któremu zostanie udzielone zamówienie będzie zobowiązany do wykonania szczegółowych badań geotechnicznych podłoża. Zamawiający udostępnił wykonawcom posiadaną przez siebie dokumentację, która w świetle w/w przepisu może mieć wyłącznie charakter orientacyjny, zaś każdy wykonawca musi zdawać sobie sprawę z konieczności sporządzenia własnych badań przed przystąpieniem do projektowania (§ 36 w/w rozporządzenia).

Powyższe okoliczności jednoznacznie wskazują na konieczność odrzucenia odwołania w szczególności w kontekście określenia przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia, jako „zaprojektuj i buduj”, które ma istotne znaczenie dla przedmiotowego rozstrzygnięcia.

Dlatego też, na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy - Prawo zamówień publicznych orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238), uwzględniając koszty Zamawiającego poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie Izby oraz wynagrodzenia pełnomocników w łącznej wysokości 5 202,10 zł.

Przewodniczący: