

Sygn. akt: KIO 1170/21

POSTANOWIENIE
z dnia 6 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron w dniu 6 maja 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 kwietnia 2021 r. przez odwołującego: **Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (Al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Miasto Koszalin** (Urząd Miejski ul. Rynek Staromiejski 6-7, 75-007 Koszalin),

- zgłaszający przystąpienie po stronie odwołującego: **TORPOL S.A. z siedzibą w Poznaniu** (ul. Mogileńska 106, 61-052 Poznań),

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: **Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (Al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa) kwoty **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczonej tytułem wpisu 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. z 2019 r., poz. 2019 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**.

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 19 kwietnia 2021 r. przez wykonawcę: Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (Odwołujący) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 19 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] przez Zamawiającego: Gmina Miasto Koszalin, którego przedmiotem jest: *„Rozbiórka i budowa wiaduktów drogowych w ciągu Alei Monte Cassino w Koszalinie realizowana w formule zaprojektuj i wybuduj w ramach zadania inwestycyjnego: Rozbiórka i budowa wiaduktów drogowych w ciągu Alei Monte Cassino w Koszalinie” realizowana w formule „zaprojektuj i wybuduj”*. Numer referencyjny: BZP-8.271.1.3.2021.EM. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE w dniu 7 kwietnia 2021 r. Numer: 2021/S 172742-2021-PL. Przedmiotowe odwołanie zostało wniesione wobec postanowień następujących dokumentów:

- (1) pkt. 3.2 (str. 20) akapit pierwszy tiret pierwszy Programu Funkcjonalno-Użytkowego (Załącznika nr 1 do Opisu Przedmiotu Zamówienia stanowiącego Rozdział II Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia), zgodnie z którym „Zamawiający wraz z PFU udostępnił jako dokumenty wiążące „decyzję O środowiskowych uwarunkowaniach (niezwłocznie po uzyskaniu) ”;
- (2) pkt. 3.2 (str. 20) akapit drugi tiret drugi Programu Funkcjonalno-Użytkowego (Załącznika nr 1 do Opisu Przedmiotu Zamówienia stanowiącego Rozdział II Specyfikacji Warunków Zamówienia), zgodnie z którym „Ponadto, Zamawiający udostępnia następujące materiały, które mają charakter pomocniczy (Wykonawca otrzymuje te materiały jedynie w celach poglądowych i może je wykorzystać oraz interpretować na własne ryzyko): T...j wyniki badań podłoża gruntowego (rok wykonania 2020r)”;
- (3) § 13 ust. 5 Rozdziału V Specyfikacji Warunków Zamówienia — Projektu Umowy, w zakresie w jakim Zamawiający nie przewidział obowiązku zwiększenia wynagrodzenia w przypadku przedłużenia terminu wykonania zamówienia z którejkolwiek przyczyny spośród wskazanych szczegółowo w 13 ust. 5 Projektu Umowy;
- (4) § 10 ust. 10 Rozdziału V Specyfikacji Warunków Zamówienia — Projektu Umowy, w zakresie w jakim Zamawiający przewidział, że „Łączna wysokość faktur częściowych nie będzie niższa niż 50 0/0 i nie może przekroczyć 90% wynagrodzenia wskazanego w ust. pkt 2 i 3”.

II. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- (1) art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 103 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z § 19 pkt 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (dalej jako „Rozporządzenie dot. dokumentacji projektowej 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:
- (a) brak opublikowania przez Zamawiającego decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, pomimo jej wiążącego charakteru, co uniemożliwia skalkulowanie przez wykonawcę oferty w sposób prawidłowy i zabezpieczający wszelkie ryzyka, a przy tym nie jest możliwe ustalenie zakresu robót koniecznych do wykonania oraz uniemożliwia przedłożenie przez wykonawców porównywalnych ofert opartych na tych samych założeniach;
 - (b) brak opublikowania przez Zamawiającego wiążącej dokumentacji geologicznej (gruntowej) lub wskazania wiążących brzegowych warunków geologicznych (gruntowych), co uniemożliwia skalkulowanie przez wykonawcę oferty w sposób prawidłowy i zabezpieczający wszelkie ryzyka, ocenę jakiego rodzaju roboty budowlane, w tym rozwiązania techniczne posadowienia obiektu, powinny być przyjęte do wyceny przez wykonawców, a także przedłożenia przez wykonawców porównywalnych ofert opartych na tych samych założeniach;
- (2) § 15 w zw. z § 19 pkt 4 lit. b) rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (dalej jako „Rozporządzenie dot. dokumentacji projektowej”) w zw. z art. 103 ust. 2 i 3 PZP poprzez sporządzenie Programu Funkcjonalno-Użytkowego z pominięciem przekazania wiążących wyników badań gruntowo-wodnych na terenie budowy dla potrzeb posadowienia obiektów, tj. opracowanie PFU w sposób uniemożliwiający ustalenie planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych oraz przygotowania oferty, szczególnie w zakresie obliczenia ceny oferty, a tym samym uniemożliwienie oszacowania wielkości ryzyk, co prowadzi do złożenia ofert nieporównywalnych;
- (3) art. 353 (1) k.c. w zw. z art. 443 ust. 1 i 2 Pzp poprzez wskazanie w § 10 ust. 10 zd. drugie Wzoru Umowy, że łączna wartość faktur częściowych nie może być niższa niż 50% i wyższa niż 90% wynagrodzenia umownego, co przy braku precyzyjnej regulacji wskazującej, że wynagrodzenie będzie wypłacane na bieżąco za faktycznie wykonane

prace w oparciu o faktury częściowe, narusza równowagę stron przyszłej umowy i prowadzi do sytuacji, w której Zamawiający może dyskrejonalnie zdecydować już na etapie realizacji umowy, że częściowe rozliczenie wartości robót zostanie dokonane do wartości zawierającej się w przedziale pomiędzy 50% a 90% wynagrodzenia umownego, co prowadzi do powstania istotnego ryzyka polegające na braku pewności co do kwoty, którą wykonawca będzie mógł rozliczyć w ramach częściowych płatności (łącznie jest to kwota wynosząca niebagatelne 40% umownego wynagrodzenia), a w konsekwencji może prowadzić do kredytowania zamawiającego przez wykonawcę, podczas gdy art. 443 ust. 2 Pzp zakreśla wyłącznie procentową wartość ostatniej części wynagrodzenia, która to wartość powinna być jednoznacznie i precyzyjnie określona i nie powinna stwarzać pola do nadużyć przez Zamawiającego na etapie realizacji umowy, a jednocześnie dawać pewność co do kwoty, która zostanie rozliczona w ramach częściowych i ostatniej płatności;

(4) art. 353 (1) k.c. i art. 632 § 1 k.c. w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 Pzp poprzez brak przewidzenia, że w przypadku przedłużenia terminu realizacji umowy, wykonawcy nie będzie przysługiwało roszczenie o zapłatę przez Zamawiającego kosztów wynikających z dłuższej realizacji robót budowlanych; co stanowi o sprzeczności tak ułożonego stosunku prawnego z jego właściwością oraz zasadami współżycia społecznego;

a w konsekwencji powyższego,

(5) art. 16 pkt. 1, 2 i 3 Pzp poprzez przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Wykonawca na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. a) oraz b) Pzp wniósł o:

(1) uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dostosowania dokumentacji Postępowania do zgodności z przepisami prawa powszechnie obowiązującego poprzez:

(a) opublikowanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach; ewentualnie, tj. na wypadek, gdyby Zamawiający nie był w stanie uzyskać tej decyzji przed terminem składania ofert; wskazanie jednoznacznych założeń, których przestrzegać ma wykonawca na etapie sporządzania oferty w zakresie, który rozstrzygnięty zostanie decyzją o środowiskowych uwarunkowaniach oraz wprowadzenie do umowy mechanizmu, zgodnie z którym, w przypadku, gdy wydana przez organ decyzja różni się będzie od tych założeń, wykonawcy przysługiwać będzie prawo do zmiany umowy w zakresie odpowiadającym skutkom wynikającym z wymagań decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach (w tym do zmiany terminu wykonania umowy oraz wynagrodzenia);

(b) opublikowanie wiążącej dokumentacji geologicznej; ewentualnie, tj. na wypadek, gdyby Zamawiający nie był w stanie opublikować wiążącej dokumentacji geologicznej,

- wskazanie jednoznacznych założeń, których przestrzegać ma wykonawca na etapie sporządzania oferty w zakresie warunków gruntowych podłoża oraz wprowadzenie do umowy mechanizmu, zgodnie z którym, w przypadku, gdy rzeczywiste warunki gruntowe różnić się będą od tych założeń, wykonawcy przysługiwać będzie prawo do zmiany umowy w zakresie odpowiadającym skutkom wynikającym z odmiennych warunków gruntowych (w tym do zmiany terminu wykonania umowy oraz wynagrodzenia);
- (c) dostosowanie § 10 ust. 10 zd. 2 Wzoru Umowy do treści zgodnej z art. 443 ust. 1 i 2 PZP i nadanie mu następującej treści: „Zamawiający zapłaci wynagrodzenie w częściach odpowiadających wykonanej części umowy. Łączna wysokość faktur nie może przekroczyć 90% wynagrodzenia wskazanego w ust. 1 pkt 2 i 3”;
- (d) zmianę § 15 ust. 5 zd. 1 Wzoru Umowy i nadanie mu następującej treści: „Zamawiający dopuszcza możliwość dokonania zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty w zakresie terminu wykonania zamówienia lub wynagrodzenia należnego Wykonawcy w przypadku:”

Wskazał ponadto, że (...) *Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem Postępowania oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa, bowiem opracowana przez Zamawiającego dokumentacja uniemożliwia złożenie prawidłowych i porównywalnych ofert, w tym kalkulacji oferty w sposób rzetelny, obejmujący w sposób możliwie pełny ryzyka, które mogą wystąpić w trakcie realizacji robót budowlanych. Tym samym Odwołujący legitymuje się interesem w złożeniu odwołania, o którym mowa w art. 505 ust. 1 Pzp*”.

Odwołujący podał, że: *„Dokumentacja opublikowana została dnia 7 kwietnia 2021 r., co oznacza, że termin na wniesienie odwołania upływa w dniu 19 kwietnia 2021 r., a zatem odwołanie zostało złożone w terminie”*.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego przystąpił w piśmie z dnia 22 kwietnia 2021 r. wykonawca TORPOL S.A. z siedzibą w Poznaniu wnosząc także o uwzględnienie odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w piśmie z dnia 27 kwietnia 2021 r. wskazując na kwestionowane w odwołaniu z dnia 19 kwietnia 2021 r. postanowienia oraz podnoszone zarzuty i żądania oświadczył, że (...) *Zamawiający Gmina Miasto Koszalin, na podstawie art. 521 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.), w odpowiedzi na odwołanie wniesione w dniu 19 kwietnia 2021 r. przez Odwołującego wobec treści dokumentów zamówienia, tj. specyfikacji*

warunków zamówienia (SWZ) w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na: „Rozbiórkę i budowę wiaduktów drogowych w ciągu Alei Monte Cassino w Koszalinie” realizowaną w formule zaprojektuj i wybuduj w ramach zadania inwestycyjnego: Rozbiórka i budowa wiaduktów drogowych w ciągu Alei Monte Cassino w Koszalinie informuje, że uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu. Jednocześnie wniósł o umorzenie postępowania. Wskazał ponadto, że (...) co do treści specyfikacji warunków zamówienia w przedmiotowym postępowaniu w dniach 21 kwietnia 2021 r. oraz 23 kwietnia 2021 r. dokonał modyfikacji zapisów SWZ - zgodnie z żądaniami Odwołującego (...). Modyfikacje w ww. zakresie oraz ogłoszenie o zmianie ogłoszenia zostały udostępnione Wykonawcom, w tym Odwołującemu, przez Zamawiającego Gminę Miasto Koszalin w dniu 23 kwietnia 2021 r. na stronie internetowej, na której udostępniane są zmiany i wyjaśnienia treści SWZ oraz inne dokumenty zamówienia bezpośrednio związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia: www.bip.koszalin.pl — pliki o nazwie: _ ogłoszenie o zmianie ogłoszenia III; _ modyfikacja Nr 3 SWZ plus załącznik Nr 1 do modyfikacji Nr 3 SWZ - zmodyfikowany Rozdział IV SWZ — Formularz ofertowy; _ zapytania i odpowiedzi Nr 4, Nr 5, Nr 6 i Nr 7 + modyfikacja Nr 4 SWZ plus załącznik Nr 1 do zapytań i odpowiedzi Nr 4, Nr 5, Nr 6 i Nr 7 + modyfikacji Nr 4 SWZ — zmodyfikowane Oświadczenie Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia”. Zwrócił także uwagę na brak zgłoszonych przystąpień do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Izba ustaliła,

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE w dniu 7 kwietnia 2021 r. Numer: 2021/S 172742-2021-PL, a zatem w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, podobnie jak w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą stosuje się przepisy – wskazanej na wstępie - ustawy z dnia 19 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp].

W przedmiotowej sprawie informacja o wniesionym odwołaniu wraz z wezwaniem do zgłoszenia przystąpienia zostały skierowane do wykonawców w dniu 21 kwietnia 2021 r. Termin na zgłoszenie przystąpień, w tej sprawie upływał w dniu 26 kwietnia 2021 r. i takiego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie zgłosił żaden z wykonawców. Takie przystąpienie zgłosił po stronie odwołującego wskazany wykonawca.

Izba działając zatem na podstawie art. 522 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie.

Zgodnie ze wskazanym 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.”

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza wzięła pod uwagę okoliczność, iż uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia i rozprawy, zatem koszty te znoszą się wzajemnie stosownie do § 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. z 2020 r., poz. 2437), orzekając w tym zakresie o dokonaniu zwrotu Odwołującemu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Mając powyższe na uwadze postanowiono jak w sentencji.

.....