

## **POSTANOWIENIE**

z dnia 17 sierpnia 2020 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący:** Klaudia Szczytowska-Maziarz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 17 sierpnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 lipca 2020 r. przez wykonawcę **Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (80-338)** w postępowaniu prowadzonym przez **Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni z siedzibą w Gdyni (81-338)**

przy udziale wykonawców:

1. **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (01-204),**
2. **Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (05-800),**

zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

**postanawia:**

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (80-338)** kwoty **18 000 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 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 Gdańsku.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego przez Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni, ul. Chrzanowskiego 10, 81-338 Gdynia (dalej „zamawiający”) na wykonanie robót budowlanych w ramach projektu pn.: „Budowa drogi wodnej łączącej Zalew Wiślany z Zatoką Gdańską – Część II” wykonawca Korporacja Budowlana DORACO Spółka z o.o., ul. Opacka 12, 80-338 Gdańsk (dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie od czynności zamawiającego, polegających na:

1. modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”), prowadzących do zmiany terminu składania ofert co spowodowało, że wykonanie robót objętych zamówieniem zgodnie z wymaganiami decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach WOOS.4211.1.2017.AZ.67 z dnia 5 grudnia 2018 r. jest obiektywnie niemożliwe w terminie przewidzianym przez zamawiającego,
2. wyjaśnieniach treści SIWZ w zakresie możliwości pozyskania gruntów pochodzących z robót bagrowniczych realizowanych w ramach zamówienia: „Budowa drogi wodnej łączącej Zalew Wiślany z Zatoką Gdańską - Część I”, poprzez obowiązek uwzględnienia w składanych ofertach kosztów pozyskania tego materiału zgodnie z jego wyceną rynkową, co prowadzi do nierównego traktowania wykonawców i naruszenia konkurencyjności postępowania, poprzez uprzywilejowanie wykonawcy części I zamówienia, który będzie uprawniony do dysponowania refulatem bez dodatkowych kosztów.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843) [dalej „ustawa Pzp”),

1. art. 14 ust. 1. w zw. z art. 387 kodeksu cywilnego oraz art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez brak możliwości wykonania zamówienia zgodnie z jego treścią w przewidzianym przez zamawiającego terminie 30 miesięcy przy oczywistym braku możliwości wykonania robót w zakresie usunięcia szuwar trzcinowych i oczeretowych w okresie 1 -30 września 2020 r., co zgodnie z treścią pkt III. 3 decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach musi nastąpić przed wykonaniem prac związanych z przebudową toru wodnego na rzece Elbląg; przy przyjęciu 11 sierpnia 2020 jako terminu składania ofert nie ma fizycznej i prawnej możliwości rozpoczęcia prac w zakresie usuwania szuwar we wrześniu 2020 roku. Oczekiwanie na kolejny okres, w którym możliwe jest usuwanie szuwar, tj. wrzesień 2021 r., przy rozsądnym założeniu, że umowa o wykonanie zamówienia będzie podpisana przed końcem 2020 roku spowoduje, że faktyczne rozpoczęcie prac w zakresie

przebudowy toru wodnego nastąpi po upływie co najmniej 10 miesięcy od jej zawarcia, co w konsekwencji spowoduje, że jest ona niemożliwa do realizacji zgodnie z treścią umowy. Zamawiający wprowadził dodatkowe kryterium oceny ofert w postaci skrócenia okresu wykonania zamówienia maksymalnie o 6 miesięcy, co sugeruje, że sam zamawiający nie widzi możliwości wykonania zamówienia w czasie krótszym niż 24 miesiące, a termin ten w związku z koniecznością oczekiwania z rozpoczęciem prac budowlanych do października 2021 roku jest niemożliwy do osiągnięcia przez żadnego wykonawcę,

2. art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 38 ust. 4 w zw. z art. 7, poprzez naruszenie zasad opisu przedmiotu zamówienia, polegające na braku reakcji zamawiającego na wskazanie przez wykonawców wątpliwości sformułowane w pytaniach nr. 34.11 i 19.5, w których wskazano na wymagania dokumentacji wykonawczej, aby całości gruntu wbudowanego w konstrukcję pochodziła z prac ziemnych bagrowniczych na Mierzei Wiślanej; jedyne prace bagrownicze na Mierzei Wiślanej prowadzi aktualnie wykonawca I części zamówienia, który zgodnie z wiedzą i doświadczeniem odwołującego będzie mógł dysponować urobkiem z prac bagrowniczych także w niniejszym zamówieniu; poprzez wyjaśnienia z 10.07.2020 r. zamawiający, wbrew opisowi w projekcie wykonawczym, zobowiązał do uwzględnienia w ofercie zakupu materiału do zasypu – wyjaśnienie to powoduje, że nie ma jasności czy nadal obowiązuje zapis projektu wykonawczego o pochodzeniu gruntu do wbudowania oraz stawia w uprzywilejowanej sytuacji wykonawcę I części zamówienia, który choćby zna szczegóły dotyczące lokalizacji bagrowanego gruntu i jego przydatności do wbudowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. zmianę terminu wykonania zamówienia, ewentualnie wskazanie na możliwość przedłużenia terminu wykonania zamówienia w przypadku, gdy konieczne na pierwszym etapie realizacji zamówienia usunięcie szuwar ograniczone do wykonania wyłącznie w dniach 1-30 września każdego roku przesunie możliwość rozpoczęcia robót w zakresie przebudowy toru wodnego na rzece Elbląg o określoną w stosunku do daty zawarcia umowy ilość miesięcy,
2. opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny określający przedmiot zamówienia bez naruszenia zasad uczciwej konkurencji, poprzez jednoznaczne określenie czy materiał do wbudowania pochodzący z robót wykonywanych w aktualnie wykonywanym zamówieniu pozostaje w dyspozycji zamawiającego, jaka jest jego ilość, lokalizacja i przydatność do wbudowania i czy będzie udostępniony wykonawcy niniejszego zamówienia, lub na jakich warunkach nastąpi takie udostępnienie.

Odwołujący wniósł także o zasądzenie od zamawiającego na jego rzecz kosztów

postępowania odwoławczego według norm przepisanych z uwzględnieniem rachunków, które będą przedstawione na rozprawie.

Odwołujący podał, że 10.07.2020 r. zamawiający zmienił termin składania ofert na 11.08.2020 r.

Wskazał, że zakres zamówienia obejmuje m. in. usunięcie szuwar trzcinowych i oczeretowych na rzece Elbląg oraz przebudowę toru wodnego na rzece Elbląg oraz, że zgodnie z punktem III. 3 Decyzji środowiskowej wykonanie prac związanych z przebudową toru wodnego na rzece Elbląg może nastąpić po przeniesieniu szuwarów, a nadto, że zgodnie z punktem III.5 tej decyzji usunięcie szuwaru należy wykonać w okresie 1-30 września.

Wskazał, że maksymalny termin wykonania zamówienia wynosi 30 miesięcy od zawarcia umowy.

Podniósł, że skoro termin składania ofert został oznaczony na 11.08.2020 r. to nie ma prawnej możliwości realizacji zamówienia w zakresie usunięcia szuwar w okresie 1-30 września 2020 r., wobec czego rozpoczęcie robót związanych z przebudową toru wodnego na rzecz Elbląg nie rozpocznie się wcześniej niż w październiku 2021 r. co powoduje, że wykonanie całości prac może stać się niemożliwe do wykonania w terminie przewidzianym w SIWZ, co czyni zarzut uzasadnionym.

W odniesieniu do nieprecyzyjnego, niepełnego opisu przedmiotu zamówienia odwołujący stwierdził, że zamawiający 10.07.2020 r., na podstawie art. 38 ust. 3 ustawy Pzp, udzielił wyjaśnień treści SIWZ, którymi de facto zmienił treść SIWZ, żądając od wykonawców, aby uwzględnili w cenie oferty zakup materiału do zasypów. Podkreślił, że jednocześnie nie zostały zmienione zapisy projektu wykonawczego, który stanowi: *„Całość gruntu wbudowanego w konstrukcję pochodzi będzie z prac ziemnych bagrowniczych na Mierzei Wiślanej. Szacunkowa całkowita ilość materiału jaki zostanie wbudowany to 136,6 [tys. m3]”*.

Uzupełnił, że materiał ten pochodzi z robót wykonywanych w ramach zamówienia: Budowa drogi wodnej łączącej Zalew Wiślany z Zatoką Gdańską – Część I, wobec czego jest to niezgodne z logiką i gospodarnością, ale przede wszystkim wbrew zasadom konkurencyjności i przejrzystości postępowania jest konieczność wyceny tego materiału, który ma pochodzić od zamawiającego, który następnie zapłaci wykonawcy za ten materiał w ramach niniejszego zamówienia z narzutami w zakresie kosztów ogólnych i zysku wykonawcy, które będą skalkulowane w ofertach. Jednocześnie, skoro materiał ten jest we władztwie zamawiającego to reguły konkurencyjności i przejrzystości postępowania wymagają, aby zamawiający

jednoznacznie określił ilość, lokalizację i przydatność tego materiału, a jeśli zamierza go sprzedawać to ustalić jednakową cenę dla wszystkich potencjalnych wykonawców, co zapewni zachowanie konkurencyjności postępowania.

W ocenie odwołującego jeśli zaś w ramach realizacji I części zamówienia materiał pochodzący z prac bagrowniczych na Mierzei Wiślanej pozostaje we władztwie wykonawcy tamtego zamówienia, który będzie się starał o uzyskanie niniejszego zamówienia to sytuacja taka powoduje nieuzasadnione uprzywilejowanie stanowiące naruszenie zasady równej konkurencji i przejrzystości postępowania i świadczy o naruszeniu wskazanych w zarzutach przepisów prawa.

Pismem z dnia 17 sierpnia 2020 r. odwołujący cofnął odwołanie.

Ze względu na fakt, że odwołanie można cofnąć w każdym czasie do zamknięcia rozprawy, jego cofnięcie, zgodnie z art. 187 ust. 8 ustawy Pzp oznacza, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu.

Dlatego też postanowiono jak w sentencji.

Uwzględniając art. 187 ust. 8 zdanie 2 ustawy Pzp skład orzekający Izby postanowił zwrócić na rzecz odwołującego 90 % kwoty uiszczonego wpisu.

**Przewodniczący:** .....