

Sygn. akt: KIO 1872/16

POSTANOWIENIE
z dnia 21 października 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 21 października 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 października 2016r. przez wykonawcę MOTA - ENGIL CENTRAL EUROPE S.A., ul. Wadowicka 8W, 30-415 Kraków w postępowaniu prowadzonym przez Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu, w Krakowie, ul. Centralna 53, 30-586 Kraków

przy udziale:

A. wykonawcy: POOR Polska Infrastructures S.A. zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1872/16 po stronie Odwołującego

B wykonawcy: Mostostal Warszawa S.A. zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1872/16 po stronie Odwołującego

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego: kwoty 18 000 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej 90 % uiszczanego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu, w Krakowie, ul. Centralna 53, 30-586 Kraków wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie pod nazwą Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem niezbędnych decyzji administracyjnych oraz wykonanie budowy linii tramwajowej KST etap III (os. Krowodrza Górka - Górka Narodowa) wraz z budową dwupoziomowego skrzyżowania w ciągu ul. Opolskiej w Krakowie oraz towarzyszącą infrastrukturą drogową.

Zamawiający w dniu 23.09.2016 r. przesłał treść ogłoszenia o w/w zamówieniu do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

W dniu 28 września 2016r. przedmiotowe zamówienie zostało opublikowane Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2016/S 187-335138.

W tym samym dniu Zamawiający udostępnił treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ na swojej stronie internetowej.

Nie zgadzając się z niektórymi postanowieniami SIWZ Odwołujący: MOTA - ENGIL CENTRAL EUROPE S.A., ul. Wadowicka 8W, 30-415 Kraków w dniu 7 października 2016r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił:

I. Naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 1a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków w postępowaniu, w sposób naruszający uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców oraz w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia nie umożliwiający oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia - poprzez:

a. uzależnienie, w Części III, punkcie 1.2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, pozytywnej oceny spełnienia warunku zdolności technicznej lub zawodowej dotyczącej osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia od posiadania, przez osobę skierowaną przez Wykonawcę do pełnienia funkcji Dyrektora Kontraktu - Przedstawiciela Wykonawcy, doświadczenia zawodowego w bezpośrednim zarządzaniu i

nadzorowaniu budową lub przebudową minimum 1 tunelu drogowego o długości min. 90 m;

b. uzależnienie, w Części III, punkcie 1.2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, pozytywnej oceny spełnienia warunku zdolności technicznej lub zawodowej dotyczącej osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia od posiadania, przez osobę skierowaną przez Wykonawcę do pełnienia funkcji Kierownika Budowy, doświadczenia zawodowego w kierowaniu i nadzorowaniu robotami budowlanymi inwestycji obejmującej budowę lub przebudowę minimum 1 tunelu drogowego o długości min. 90 m;

c. uzależnienie, w Części III, punkcie 1.2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, pozytywnej oceny spełnienia warunku zdolności technicznej lub zawodowej dotyczącej osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia od posiadania, przez osobę skierowaną przez Wykonawcę do pełnienia funkcji Robót Konstrukcyjnych, doświadczenia zawodowego w pełnieniu funkcji kierownika robót dla budowy lub przebudowy minimum 1 tunelu drogowego o długości min. 90 m.

II. Naruszenie przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 i ust. 2, art. 30 ust. 1 pkt 1, art. 31 ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp, § 18 i § 19 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 oraz art. 353¹ i 5 k.c. w zw. z art. 139 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, a także ukształtowanie praw i obowiązków stron w sposób sprzeczny z naturą stosunku zobowiązaniowego, a to:

a. Wskazanie w punkcie 1.3 Programu Funkcjonalno - Użytkowego, iż fakt występowania przekroczeń lub wystąpienia innych elementów, których na obecnym etapie Zamawiający nie mógł przewidzieć nie będzie podstawą do roszczeń przyszłego Wykonawcy, a co za tym idzie, że ryzyko związane z niewłaściwym i niedokładnym opisem przedmiotu zamówienia spoczywa na Wykonawcy;

b. Wskazanie w punkcie 1.3 Programu Funkcjonalno - Użytkowego, iż standardy wykończenia elementów infrastruktury i obiektów objętych inwestycją należy uzgodnić z Zamawiającym na etapie opracowania dokumentacji projektowej oraz wskazanie w punkcie 1.5.18 Programu Funkcjonalno - Użytkowego, iż standard wykończenia wszystkich obiektów budowlanych musi zostać uzgodniony z Zamawiającym, a wykonawca przy doborze materiałów musi zachować najwyższe parametry jakościowe i estetyczne, a co za tym idzie przyznanie Zamawiającemu prawa do jednostronnego kształtowania zobowiązań Wykonawcy po zawarciu umowy;

c. Wskazanie, w punkcie 1.5.17.6 Programu Funkcjonalno - Użytkowego, iż Zamawiający przewiduje możliwość wystąpienia na etapie opracowania projektu

budowlanego i wykonawczego, dodatkowych odcinków gazociągów, które będzie należało przebudować w związku z planowaną inwestycją oraz wskazanie, że zakres przebudowy i zabezpieczenia sieci gazowych przedstawiony w koncepcji jest zakresem poglądowym, mogącym ulec zmianie, bez jednoczesnego przyznania wykonawcy uprawnienia do domagania się dodatkowego wynagrodzenia za zmieniony zakres przebudowy i zabezpieczenia sieci oraz zmiany terminów umownych;

d. Wskazanie, w punkcie 1.5.17.7 Programu Funkcjonalno - Użytkowego, iż Zamawiający przewiduje możliwość wystąpienia na etapie opracowania projektu budowlanego i wykonawczego, dodatkowych odcinków sieci ciepłych, które będzie należało przebudować bądź zabezpieczyć w związku z planowaną inwestycją oraz wskazanie, że zakres przebudowy i zabezpieczenia sieci ciepłowniczych przedstawiony w koncepcji jest zakresem poglądowym, mogącym ulec zmianie, bez jednoczesnego przyznania wykonawcy uprawnienia do domagania się dodatkowego wynagrodzenia za zmieniony zakres przebudowy i zabezpieczenia sieci oraz zmiany terminów umownych;

e. Wskazanie, w punkcie 1.5.17.8 Programu Funkcjonalno - Użytkowego, iż wskazany wykaz gestorów, których sieci należy przebudować w ramach zamówienia może ulec zmianie na etapie opracowania projektu, bez jednoczesnego przyznania wykonawcy uprawnienia do domagania się dodatkowego wynagrodzenia za zmieniony zakres przebudowy i zabezpieczenia sieci oraz zmiany terminów umownych;

f. Wskazanie, w punkcie 1.5.20.2 Programu Funkcjonalno - Użytkowego, iż ostateczną ilość oraz lokalizację kamer, a także szczegóły rozwiązań z zakresu monitoringu należy uzgodnić z Zamawiającym, a co za tym idzie przyznanie Zamawiającemu prawa do jednostronnego kształtowania zobowiązań Wykonawcy po zawarciu umowy;

g. Określenie, w punkcie 1.5.20.3 Programu Funkcjonalno - Użytkowego, iż ostateczną ilość oraz lokalizację tablic DIP i VMS należy uzgodnić z Zamawiającym, a co za tym idzie przyznanie Zamawiającemu prawa do jednostronnego kształtowania zobowiązań Wykonawcy po zawarciu umowy;

h. Określenie, w punkcie 2.5.9. Programu Funkcjonalno - Użytkowego, iż w przypadku braku pozyskania terenu przez Zamawiającego w rejonie pętli końcowej Górka Narodowa w terminie - I kwartał 2018 roku - Zamawiającemu przysługiwać będzie prawo do ograniczenia zakresu inwestycji wraz ze zmniejszeniem wynagrodzenia za tą część kontraktu, bez jednoznacznego wprowadzenia wymogu określenie w ofercie wartości prac związanych z wykonaniem Parkingu Park and Ride Górka Narodowa Zachód.

III. Naruszenie przez Zamawiającego art. 43 ustawy Pzp poprzez wyznaczenie terminu składania oferty w sposób, który nie uwzględnia czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty.

Odwołujący wnosił o:

I. W zakresie zarzutu Ad. I lit. a.:

Nakazanie Zamawiającemu zmiany treści w Części III, punktu 1.2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia poprzez rezygnację, w przypadku osoby, która będzie pełnić funkcję Dyrektora Kontraktu - Przedstawiciela Wykonawcy, z wymogu doświadczenia tej osoby w postaci bezpośredniego zarządzania i nadzorowania realizacji inwestycji obejmującej budowę lub przebudowę minimum 1 tunelu drogowego o długości min. 90 m;

II. W zakresie zarzutu Ad. I lit. b.:

Nakazanie Zamawiającemu zmiany treści w Części III, punktu 1.2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia poprzez rezygnację, w przypadku osoby, która będzie pełnić funkcję Kierownika Budowy, z wymogu doświadczenia tej osoby w postaci kierowania i nadzorowania robót budowlanych inwestycji obejmującej budowę lub przebudowę minimum 1 tunelu drogowego o długości min. 90 m;

III. W zakresie zarzutu Ad. I lit. c.:

Nakazanie Zamawiającemu zmiany treści w Części III, punktu 1.2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia poprzez rezygnację, w przypadku osoby, która będzie pełnić funkcję Kierownika robót konstrukcyjnych, z wymogu doświadczenia tej osoby w postaci kierowania i nadzorowania robót budowlanych inwestycji obejmującej budowę lub przebudowę minimum 1 tunelu drogowego o długości min. 90 m oraz dopuszczenie doświadczenia nie tylko na stanowisku kierownika robót, ale także kierownika budowy;

IV. W zakresie zarzutu Ad. II lit. a.:

Nakazanie Zamawiającemu zmiany fragmentu punktu 1.3 Programu Funkcjonalno - Użytkowego o treści:

Program Funkcjonalno - Użytkowy określa minimalne wymagania dla przewidzianych obiektów budowlanych. Fakt występowania przekroczeń lub wystąpienia innych elementów, których na obecnym etapie Zamawiający nie mógł przewidzieć nie będzie podstawą do roszczeń dla przyszłego Wykonawcy.

poprzez przyjęcie jego następującego brzmienia:

Program Funkcjonalno - Użytkowy określa zakres przedmiotu zamówienia. Fakt występowania przekroczeń lub wystąpienia innych elementów, których na obecnym etapie, Zamawiający nie mógł przewidzieć będzie podstawą do roszczeń dla przyszłego Wykonawcy. W razie wystąpienia takich przekroczeń lub elementów Wykonawcy będzie przysługiwać roszczenie o:

a) przedłużenie terminów realizacji umowy;

b) dodatkową płatność za koszty poniesione w związku z przekroczeniami bądź dodatkowymi elementami, do których to kosztów będzie doliczony rozsądny zysk;

V. W zakresie zarzutu Ad. II lit. b.:

Nakazanie Zamawiającemu wykreślenia fragmentu punktu 1.3. Programu Funkcjonalno - Użytkowego o treści:

Standardy wykończenia elementów infrastruktury i obiektów objętych inwestycją należy uzgodnić z Zamawiającym na etapie opracowania dokumentacji projektowej.

oraz

Nakazanie Zamawiającemu wykreślenia punktu 1.5.18 Programu Funkcjonalno – Użytkowego;

VI. W zakresie zarzutu Ad. II lit. c.:

Nakazanie Zamawiającemu zmiany fragmentu punktu 1.5.17.6 Programu Funkcjonalno - Użytkowego o treści:

Zakłada się możliwość wystąpienia dodatkowych odcinków gazociągów, które będzie należało przebudować w związku z planowaną inwestycją.

zapisem o następującym brzmieniu

Zakłada się możliwość wystąpienia dodatkowych odcinków gazociągów, które będzie należało przebudować w związku z planowaną inwestycją. Fakt występowania dodatkowych odcinków gazociągów, które będzie należało przebudować, będzie podstawą do roszczeń dla przyszłego Wykonawcy. W razie wystąpienia takich dodatkowych odcinków Wykonawcy będzie przysługiwać roszczenie o:

a) przedłużenie terminów realizacji umowy

b) dodatkową płatność za koszty poniesione w związku z przekroczeniami bądź dodatkowymi elementami, do których to kosztów będzie doliczony rozsądny zysk

oraz

Nakazanie Zamawiającemu wykreślenia fragmentu punktu 1.5.17.6 Programu Funkcjonalno - Użytkowego o treści:

Uwaga: zakres budowy przebudowy i zabezpieczenia sieci gazowych przedstawiony w koncepcji jest zakresem poglądowym, mogącym ulec zmianie na etapie opracowywania projektu;

VII. W zakresie zarzutu Ad. II lit. d.:

Nakazanie Zamawiającemu zmiany fragmentu punktu 1.5.17.7 Programu Funkcjonalno - Użytkowego o treści:

Przewiduje się możliwość wystąpienia na etapie opracowywania projektu budowlanego i wykonawczego, dodatkowych odcinków sieci cieplnych, które będzie należało

przebudować bądź zabezpieczyć w związku z planowaną inwestycją.

zapisem o następującym brzmieniu

Przewiduje się możliwość wystąpienia na etapie opracowywania projektu budowlanego i wykonawczego, dodatkowych odcinków sieci ciepłych, które będzie należało przebudować bądź zabezpieczyć w związku z planowaną inwestycją. Fakt występowania dodatkowych odcinków sieci ciepłych, które będzie należało przebudować bądź zabezpieczyć, będzie podstawą do roszczeń dla przyszłego Wykonawcy. W razie wystąpienia takich dodatkowych odcinków Wykonawcy będzie przysługiwać roszczenie o:

- a) przedłużenie terminów realizacji umowy
- b) dodatkową płatność za koszty poniesione w związku z przekroczeniami bądź dodatkowymi elementami, do których to kosztów będzie doliczony rozsądny zysk

oraz

Nakazanie Zamawiającemu wykreślenia fragmentu punktu 1.5.17.7 Programu Funkcjonalno - Użytkowego o treści:

Uwaga: zakres budowy przebudowy i zabezpieczenia sieci ciepłowniczych przedstawiony w koncepcji jest zakresem poglądowym, mogącym ulec zmianie na etapie opracowywania projektu;

VIII. W zakresie zarzutu Ad. II lit. e.:

Nakazanie Zamawiającemu zmiany fragmentu punktu 1.5.17.8 Programu Funkcjonalno - Użytkowego o treści:

Uwaga: Przedstawiony powyżej wykaz gestorów, których sieci należy przebudować w ramach niniejszego zadania może ulec zmianie na etapie opracowania projektu. Przebudowie i zabezpieczeniu winny podlegać wszystkie sieci telekomunikacyjne będące w kolizji z projektowanym układem drogowo - torowym oraz obiektami inżynierskimi.

zapisem o następującym brzmieniu:

W razie gdyby przedstawiony powyżej wykaz gestorów, których sieci należy przebudować w ramach niniejszego zadania uległ zmianie na etapie opracowywania projektu, w konsekwencji czego Wykonawca zobowiązany był do przebudowy i zabezpieczenia dodatkowych sieci telekomunikacyjnych, Wykonawcy z tego tytułu będzie przysługiwać roszczenie o:

- a) przedłużenie terminów realizacji umowy
- b) dodatkową płatność za koszty poniesione w związku z przekroczeniami bądź dodatkowymi elementami, do których to kosztów będzie doliczony rozsądny zysk;

IX. W zakresie zarzutu Ad. II lit. f.:

Nakazanie Zamawiającemu wykreślenia w punkcie 1.5.20.2 Programu Funkcjonalno - Użytkowego fragmentu o treści:

Uwaga: Ostateczną ilość oraz lokalizację kamer, a także szczegóły rozwiązań z zakresu monitoringu należy uzgodnić z ZIKiT Kraków.

Oraz

Nakazanie Zamawiającemu określenia ilości oraz typu kamer (stałe, obrotowe) jakie należy wykonać w ramach przedmiotu umowy

oraz

Nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia zapisu, iż w razie konieczności wykonania kamer w ilości większej niż wskazana w Programie Funkcjonalno - Użytkowym, Wykonawcy przysługiwać będzie uprawnienie do żądania dodatkowego wynagrodzenia w związku z wykonaniem zwiększonej ilości kamer.

X. W zakresie zarzutu Ad. II lit. g.:

Nakazanie Zamawiającemu wykreślenia w punkcie 1.5.20.3 Programu Funkcjonalno - Użytkowego dwóch fragmentów o treści:

Uwaga: Ostateczną ilość oraz lokalizację tablic należy uzgodnić z ZIKiT Kraków.

oraz

Nakazanie Zamawiającemu określenia ilości znaków jakie należy wykonać w ramach przedmiotu umowy

oraz

Nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia zapisu, iż w razie konieczności wykonania znaków w ilości większej niż wskazana w Programie Funkcjonalno - Użytkowym, Wykonawcy przysługiwać będzie uprawnienie do żądania dodatkowego wynagrodzenia w związku z wykonaniem zwiększonej ilości znaków;

XI. W zakresie zarzutu Ad. II lit. h.:

Nakazanie Zamawiającemu wykreślenia w punkcie 2.5.9 Programu Funkcjonalno - Użytkowego fragmentu o treści:

W przypadku braku pozyskania terenu przez Zamawiającego w w/w/ terminie, Zamawiający zastrzega ograniczenie zakresu inwestycji wraz ze zmniejszeniem wynagrodzenia za tą część kontraktu.

lub alternatywnie, w razie gdyby Izba stwierdziła brak podstaw do żądania wykreślenia kwestionowanego fragmentu, nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia osobnej pozycji pod nazwą Parking P&R „Górka Narodowa Zachód” w dokumencie „Zał. 07 Zestawienie pozycji elementów scalonych”;

XII. W zakresie zarzutu Ad. III:

Nakazanie Zamawiającemu wydłużenia czasu na złożenie oferty do 90 dni od daty przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

W tym stanie rzeczy Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W dniu 21 października 2016r., przed wyznaczoną rozprawą, na posiedzeniu przed Krajową Izbą Odwoławczą pełnomocnik Odwołującego złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania.

Uwzględniając powyższe Izba, działając na podstawie art. 187 ust.8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.), postanowiła postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie umorzyć.

Zgodnie z art. 187 ust. 8 zd.2 ustawy Pzp Izba postanowiła zwrócić na rzecz Odwołującego 90% kwoty uiszczonego wpisu.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i § 5 ust.1 pkt. 3 lit. a i ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

Przewodniczący:.....