

Sygn. akt: KIO 50/21

POSTANOWIENIE
z dnia 2 lutego 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 2 lutego 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 stycznia 2021 r. przez wykonawcę: **CONTROL PROCESS S.A., ul. Obrońców Modlina 16, 30- 733 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Zakład Gospodarowania Odpadami GAĆ Sp. z o.o., Gać 90, 55-200 Oława,**

przy udziale wykonawcy: **Warbud S.A., ul. Domaniewska 32, 02-672 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze,
2. nakazuje zwrot kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy: **CONTROL PROCESS S.A., ul. Obrońców Modlina 16, 30- 733 Kraków** uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 ze 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.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający, Zakład Gospodarowania Odpadami Gać Sp. z o.o. z siedzibą w Gaci, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie zadania pn.: „Roboty budowlane zaprojektuj i wybuduj — zadania Z1-Z5 w ramach przedsięwz.: Wdrożenie nowych procesów przetwarz. i odzysku odpadów w celu zwiększ. Poziom. recyklingu w Regionie Wschodn. Dolnego Śląska”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 24.12.2020 r., pod nr 2020/S 251-627262.

Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia, zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), jako wszczętego i niezakończonego przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., dalej „Pzp”).

Wykonawca Control Process S. A. z siedzibą w Krakowie wniósł w dniu 4 stycznia 2021 r. odwołanie wobec czynności Zamawiającego, podjętej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegającej na sporządzeniu ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) wraz z załącznikami, w tym Opisu Przedmiotu Zamówienia, wzoru umowy w sposób niezgodny z przepisami Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1. art. 22 ust. 1a Pzp w zw. z art. 7 Pzp, poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w zakresie:

- a) sytuacji ekonomicznej lub finansowej,
- b) zdolności technicznej lub zawodowej,

w sposób nadmiernie wygórowany, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie naruszający zasady uczciwej konkurencji, jak również w sposób uniemożliwiający równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości,

2. art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353 k.c., poprzez zastrzeżenie we wzorze umowy kary umownej za odstąpienie od umowy wyłącznie na rzecz Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści SIWZ, poprzez zmianę warunków udziału w postępowaniu:

1. w zakresie sytuacji finansowej i ekonomicznej, poprzez:

- usunięcie pkt 5.1.2.2. lit. d SIWZ oraz odpowiednio w pkt III. 1.2) lit. d) ogłoszenia o zamówieniu lub dopuszczenie, aby każdy ze wskaźników, o których mowa w pkt 5.1.2.2. lit. d SIWZ oraz odpowiednio w pkt III. 1.2) lit. d) ogłoszenia o zamówieniu mógł być spełniony

przez:

- a) jednego z konsorcjantów,
- b) dwóch lub więcej konsorcjantów łącznie,

albo zastąpienie wskaźników, o których mowa w pkt 5.1.2.2. lit. d SIWZ oraz odpowiednio w pkt III.1.2) lit.d) ogłoszenia o zamówieniu wymaganiem dysponowania środkami finansowymi lub zdolnością kredytową w wysokości 10.000.000 PLN (słownie dziesięć milionów złotych).

- zmianę brzmienia zapisu o treści: „UWAGA 2: w przypadku złożenia oferty przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunek co do zdolności ekonomicznej i finansowej musi wykazać każdy z konsorcjantów.”

na zapis:

„UWAGA 2: w przypadku złożenia oferty przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunek co do zdolności ekonomicznej i finansowej musi wykazać co najmniej jeden konsorcjant.”

2. w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej:

- dokonanie w zakresie pkt 5.1.2.1 ppkt a) zmiany w zakresie wymaganej pojemności zbiornika na ścieki technologiczne z 800 m³ na 400 m³

- dokonanie w zakresie pkt 5.1.2.1. ppkt b) zmiany brzmienia zapisów w zakresie osób: Kierownika Budowy (pkt 1), Kierownika robót sanitarnych (pkt 2), Kierownika robót elektrycznych (pkt 3), Projektanta branży konstrukcyjno-budowlanej (pkt 5), Projektanta branży sanitarnej (pkt 6), Projektanta branży elektrycznej (pkt 7),

w taki sposób, aby wymagane 8 letnie doświadczenie (wskazane w tiret drugim, tj. 8 letnie doświadczenie w branży lub w projektowaniu), zastąpić doświadczeniem 5 letnim.

oraz dokonanie odpowiednich zmian w ogłoszeniu o zamówieniu.

- o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści wzoru umowy, poprzez zamieszczenie w § 13 zapisu ust. 5 o treści:

„5. Zamawiający zapłaci Wykonawcy za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego przez którąkolwiek ze Stron, karę umowną w wysokości 10% wynagrodzenia brutto, o którym mowa § 8 ust. 1”.

Mając na uwadze, że odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 stycznia 2021 r., do przedmiotowego postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm., zwane dalej „nPzp”).

Zamawiający w dniu 5 stycznia 2021 r. udostępnił kopię ww. odwołania wykonawcom, zainteresowanym udziałem w postępowaniu, poprzez zamieszczenie ww. dokumentu na platformie zakupowej.

W dniu 8 stycznia 2021 r. wykonawca Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stosownie do wymogów wynikających z art. 525 ust. 1 i ust. 2 nPzp

W dniu 28 stycznia 2021 r. Zamawiający przesłał do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismo z dnia 12 stycznia 2021 r. - odpowiedź na odwołanie w postaci elektronicznej. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania z dnia 4 stycznia 2021 r. od czynności Zamawiającego polegającej na określeniu warunków udziału w postępowaniu, tj. od postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, które zostały wskazane w odwołaniu w części, która nie została uznana przez Zamawiającego oraz o umorzenie postępowania w części, w której Zamawiający uznał Odwołanie. Zamawiający wniósł także o zasądzenie od Odwołującego zwrotu kosztów postępowania poniesionych przez Zamawiającego tj.: kosztów przejazdu pełnomocnika na rozprawę i kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Zamawiający oświadczył, że po analizie zarzutów postanowił uznać odwołanie w następującym zakresie:

1) usunięty zostaje z rozdział 5 SIWZ punkt 5.1.22. lit d) tiret 3, oraz odpowiednio w pkt III.1.2) lit.d) ogłoszenia o zamówieniu, dotyczący warunku udziału w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej o treści:

„na koniec każdego z ostatnich 2 lat obrotowych, tj. za lata 2018 i 2019, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, za ten okres w ujęciu rocznym, osiągnął łącznie niżej wymienione wskaźniki finansowe:

- wskaźnik adekwatności środków pieniężnych - na poziomie nie mniejszym niż 1,0”

2) dopuszczenie, aby każdy ze wskaźników, o których mowa w pkt 5.1.22. lit. d SIWZ oraz odpowiednio w pkt III. 1.2) lit.d) ogłoszenia o zamówieniu, mógł być spełniony przez co najmniej jeden z konsorcjantów; wobec powyższego w pkt 5.1.2.2. lit.d SIWZ oraz odpowiednio w pkt III. 1.2) lit.d) ogłoszenia o zamówieniu UWAGA 2 otrzymuje nowe brzmienie:

„UWAGA 2: w przypadku złożenia oferty przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunek co do zdolności ekonomicznej i finansowej musi wykazać:

- 51.2.2. lit. a) i b) — maksymalnie dwóch konsorcjantów łącznie,*
- 51.2.2. lit. c) - każdy z konsorcjantów,*

- 51.2.2. lit. d) — co najmniej jeden z konsorcjantów”

3) zmieniony zostaje warunek udziału w Rozdz. 5 punkt 5.12.1. lit. a) tiret gdzie wymaganą pojemność zbiornika na ścieki technologiczne zmienia się z 800 m³ na 400 m³.

Wobec powyższego punkt 5.1.2.1. lit a) SIWZ otrzymuje nowe brzmienie:

a) w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności — w tym okresie) wykonał roboty lub wykonał, organizował i koordynował roboty w przypadku konsorcjum firm w czynnych zakładach produkcyjnych, obejmujące każdy z niżej wymienionych elementów składowych:

- Instalację magazynowania i przetwarzania selektywnie zebranych bioodpadów, np. odpadów kuchennych i restauracyjnych o przepustowości co najmniej 4000 Mg/rok;
- Jednostkę lub jednostki kogeneracyjne podłączone do sieci biogazu pochodzącego z przetwarzania odpadów lub składowania odpadów, o minimalnej mocy elektrycznej 250 kW, wraz z odzyskaniem ciepła z kogeneracji na cele technologiczne i/lub bytowe, wraz z systemem oczyszczania biogazu opartym na złożach węglowych lub innych przygotowany do współpracy z OSD i URE (rozliczanie sprzedaży i zakupu e.e. z OZE)
- Halę o powierzchni min. 1000m²,
- Instalację do przetwarzania odpadów komunalnych z linią przetwarzania/sortowania odpadów komunalnych lub podfrakcji odpadów komunalnych o przepustowości minimum 25 000Mg/rok.
- Biofiltr z płuczką.
- Zbiornik na ścieki technologiczne pochodzące z produkcji własnej zakładu o pojemności co najmniej 400 m³ i pompownią tych ścieków o przepustowości co najmniej 30m³/h.

Powyższe elementy składowe robót mogły zostać wykonane w ramach jednej lub większej ilości inwestycji (kontraktów) z różnymi inwestorami.”

4) zmieniony zostaje warunek udziału w Rozdz. 5 punkt 5.1.2.1. lit. b) podpunkt 1, 2, 3, 5, 6, 7 gdzie w tiret 2 co najmniej 8 letnie doświadczenie zawodowe zastępuje się co najmniej 5 letnim doświadczeniem zawodowym. Wobec powyższego punkt 5.12.1. lit. b) otrzymuje nowe brzmienie w odniesieniu do Kierownika Budowy, Kierownika robót sanitarnych, Kierownika robót elektrycznych, Kierownika montażu linii technologicznej sortowni, Projektanta branży konstrukcyjno-budowlanej, Projektanta branży sanitarnej, Projektanta branży elektrycznej.

5) zmieniony zostaje wzór umowy —załącznik nr 4 do SIWZ, poprzez zamieszczenie w § 13 zapisu ust. 5 o treści:

„5. Zamawiający zapłaci Wykonawcy za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego przez którąkolwiek ze Stron, karę umowną w wysokości 10% wynagrodzenia brutto, o którym mowa § 8 ust. 1”.

W dniu 26 stycznia 2021 r. Odwołujący złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismo zawierające oświadczenie o cofnięciu odwołania w związku z uwzględnieniem przez Zamawiającego większości zarzutów zawartych w odwołaniu z dnia 4 stycznia 2021 r. Odwołujący oświadczył, że cofa pozostałe zarzuty i wnosi o dokonanie całości wpisu, zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b 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.

W dniu 28 stycznia 2021 r. na podstawie § 13 ust. 1 pkt 5 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz.U. poz. 2453) Prezes KIO wezwał wykonawcę WARBUD S.A. zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego do złożenia oświadczenia w przedmiocie sprzeciwu co do uwzględnienia przez zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Pismem z dnia 29 stycznia 2021 r. wykonawca Warbud S.A. złożył do Prezesa KIO pismo w postaci elektronicznej zawierające oświadczenie uczestnika, iż nie wnosi on sprzeciwu co do uwzględnienia przez Zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba, działając na podstawie art. 522 ust. 3 nPzp, umorzyła postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie. Zgodnie z treścią tego przepisu, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, 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 albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

Izba zważyła, że w niniejszej sprawie Zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania w części oraz wobec tego uwzględnienia, wykonawca, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu, a Odwołujący cofnął zarzuty odwołania w pozostałym zakresie.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 568 ust. 3 w zw. z art. 522 ust. 3 nPzp, postanowiła jak w sentencji, umarzając postępowanie odwoławcze.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych oraz § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zgodnie z którym, koszty, o których mowa w § 5 pkt 2 znosi się wzajemnie, jeżeli przed otwarciem rozprawy zamawiający uwzględnił w części zarzuty przedstawione w odwołaniu i pozostałe zarzuty zostały przez odwołującego wycofane, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu – w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu. Stosownie do powyższego Izba nakazała dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący: