

Sygn. akt KIO 2605/19

POSTANOWIENIE
z dnia 9 stycznia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

po rozpoznaniu w Warszawie na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 9 stycznia 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2019 r. przez odwołującego: **COMFORT-THERM sp. z o.o. z Płońska** (ul. Piaskowa 9B, 09-100 Płońsk) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Centrum Onkologii Instytut im. Marii Skłodowskiej-Curie w Warszawie** (ul. Wawelska 15b, 02-034 Warszawa),

postanawia:

1. Umorzyć postępowanie odwoławcze;
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: **COMFORT-THERM sp. z o.o. z Płońska** (ul. Piaskowa 9B, 09-100 Płońsk) kwoty **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., 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 Warszawie**.

.....

Sygn. akt KIO 2605/19

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843.), [ustawa Pzp lub Pzp] przez zamawiającego: Centrum Onkologii Instytut im. Marii Skłodowskiej-Curie w Warszawie, którego przedmiotem jest: „Zwiększenie efektywności energetycznej budynku Centrum Onkologii-Instytut im. Marii Skłodowskiej-Curie w Warszawie”. POIŚ.01.03.01 -00-0124/17 w ramach działania 1.3.1. oś priorytetowa I Zmniejszenie emisyjności gospodarki. Numer referencyjny zamówienia: PN - 261/19/ZS/UE.

Odwołujący - COMFORT-THERM sp. z o.o. z Płońska zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 22 ust. 1a, 1b pkt 3 - brak zachowania kryterium proporcjonalności przy dokonanej zmianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej.
2. art. 7 - konstrukcję warunku udziału w postępowaniu, który to warunek zaburza możliwość zachowania uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu zmiany warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Także o dopuszczenie dowodu z dokumentów załączonych do odwołania celem wykazania okoliczności podnoszonych w uzasadnieniu. Odwołujący stwierdził, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ zamierzał wziąć udział w postępowaniu jednakże na skutek zmiany warunku udziału w postępowaniu poprzez jego nieobiektywne zaostrenie stracił taką możliwość.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 7 stycznia 2020 r.) oświadczył, że uwzględni odwołanie w zakresie zarzutu I i II oraz wnosi o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu III.

W odniesieniu do zarzutu I dotyczącego ograniczenia dostępu do zamówienia poprzez postawienie warunku udziału w postępowaniu zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia Wykonawcy w wykonaniu robót budowlanych polegających na przebudowie lub modernizacji obiektu szpitalnego o minimum 4 kondygnacjach i wartości zamówienia 9.000,000200 zł netto każda, gdzie zakres obu robót polegał m.in. na wykonaniu robót termomodernizacyjnych oraz robót instalacyjnych w zakresie instalacji ciepłych,

wentylacyjnych, wodociągowych i kanalizacyjnych) podał, że dokona zmiany warunku udziału, o którym mowa w Rozdz. IX, pkt. 1.2.2. lit. a) siwz, nadając mu brzmienie:

„Zamawiający wymaga, aby Wykonawca wykazał, że nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, wykonał zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył co najmniej dwie roboty budowlane, z których każda obejmowała rozbudowę lub remont lub przebudowę lub modernizację 00 najmniej jednego budynku o minimum 4 kondygnacjach 1 wartości zamówienia nie mniejszej niż 8 000 000 PLN brutto każda, gdzie zakres obu robót polegał m.in. na robót termomodernizacyjnych oraz robót instalacyjnych w zakresie instalacji ciepłych, wentylacyjnych, wodociągowych i kanalizacyjnych.”

Stwierdził, że warunek udziału w brzmieniu nadanym w pełni uwzględnia żądanie odwołania (usunięcie wymogu budynku szpitalnego, zmniejszenie wartości zamówienia do łącznej kwoty 8 000 000 zł brutto oraz zmniejszenie liczby wymaganych kondygnacji budynku), a ponadto jest mniej restrykcyjny niż proponowany przez Odwołującego. Dotyczy to w szczególności liczby kondygnacji obiektu, gdzie Zamawiający dopuszcza budynki o minimum 4 kondygnacjach naziemnych, natomiast Odwołujący proponuje budynki wysokie, co w myśl obowiązujących przepisów Prawa budowlanego stanowi minimum 9 kondygnacji naziemnych. Ponadto zmiana warunków udziału w postępowaniu z dnia 17.12.2019 r. polegająca na połączeniu wymaganej wartości robót termomodernizacyjnych i instalacyjnych (bez pierwotnie wskazanego wymogu wykazania wykonanych robót w podziale na osobne wartości robót termomodernizacyjnych i instalacyjnych) powoduje zmniejszenie wymagań stawianych przez Zamawiającego i tym samym nie może stanowić zarzutu ograniczania konkurencji.

W odniesieniu do zarzutu II i żądania dotyczącego zmiany wartości robót w opisie warunku udziału zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie dysponowania osobami skierowanymi przez wykonawcę do realizacji zamówienia podał, że także dokona zmiany warunku udziału, o którym mowa w Rozdz. IX, pkt, 1,2.2. lit b) ppkt. 1 siwz, nadając mu brzmienie:

"Zamawiający wymaga aby Wykonawca wykazał, że osoby skierowane przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego w szczególności odpowiedzialne za kierowanie robotami budowlanymi, posiadały niezbędne kwalifikacje zawodowe, uprawnienia, doświadczenie i wykształcenie niezbędne do wykonania przedmiotowego zamówienia publicznego, a także zakres wykonywanych przez nie czynności oraz informację o podstawie dysponowania tymi osobami.

Warunek powyższy zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że podczas realizacji zamówienia publicznego będzie dysponował: co najmniej jedną osobą posiadającą uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami w specjalności

konstrukcyjno- - budowlanej od co najmniej 5 lat przed upływem terminu składania ofert i która spełnia następujące warunki: kierowała co najmniej 2 robotami budowlanymi, z których każda obejmowała m. in. wykonanie łącznie robót termomodernizacyjnych co najmniej jednego budynku o minimum 4 kondygnacjach naziemnych, o wartości zamówienia nie mniejszej niż 4 500 000,00 PLN”.

Stwierdził, że warunek udziału w brzmieniu nadanym w pełni uwzględnia żądanie odwołania (zmniejszenie wartości zamówienia do kwoty 4500000 zł brutto), a ponadto jest mniej restrykcyjny niż proponowany przez Odwołującego. Dotyczy to w szczególności liczby kondygnacji obiektu, gdzie Zamawiający dopuszcza budynki o minimum 4 kondygnacjach naziemnych* natomiast Odwołujący proponuje budynki wysokie, co w myśl obowiązujących przepisów Prawa budowlanego stanowi minimum 9 kondygnacji naziemnych. Ponadto zmiana warunków udziału w postępowaniu z dnia 17.12.2019 r. polegająca na usunięciu wymogu wykazania dodatkowo wartości robót instalacyjnych powoduje zmniejszenie wymagań stawianych przez Zamawiającego i tym samym nie może stanowić zarzutu ograniczania konkurencji.

W zakresie zarzutu III dotyczącego warunku udziału określonego Rozdz. IX, pkt. 1.2.2. lit b) ppkt. 3 tj. Zamawiający stwierdził, ten warunek nie był przedmiotem modyfikacji warunków z 17 grudnia 2019 r. Zatem wykonawca mógł zapoznać się z jego treścią od dnia publikacji Ogłoszenia o zamówieniu tj. od dnia 08.11.2019 r. W tym zakresie nie zgłaszał wcześniej żadnych uwag lub pytań oraz nie skorzystał z przysługujących mu środków odwoławczych w terminie o którym mowa w art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Termin na wniesienie odwołania ma charakter terminu zawitego, nie podlegającego przywróceniu, a uchybienie temu terminowi powoduje prawa skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie.

Odwołujący w piśmie z dnia 9 stycznia 2020 r. oświadczył: „*W związku z otrzymaniem odpowiedzi na odwołanie przesłanej nam w dniu 07 stycznia 2020 roku oraz dostarczonej w tym samym dniu do Prezesa KIO, w której to odpowiedzi Zamawiający uwzględnił dwa zarzuty z Odwołania, wnosząc jednocześnie o odrzucenie trzeciego zarzutu, Odwołujący cofa odwołanie w zakresie zarzutu trzeciego, akceptując jednocześnie uwzględnienie przez zamawiającego dwóch zarzutów wraz z proponowanym brzmieniem warunku udziału w postępowaniu.*”

Do postępowania odwoławczego w terminie określonym art. 185 ust. 2 ustawy Pzp nie przystąpił żaden wykonawca.

Izba postanowiła,

Działając na podstawie art. 186 ust. 3a ustawy Pzp umorzyć postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie.

Stosownie do postanowień art. 186 ust. 3a ustawy Pzp: „ W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie 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”.

Orzekając o kosztach postępowania, Izba miała na uwadze treść art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r, poz. 972).

Uwzględniając powyższe postanowiono, jak w sentencji.

.....