

POSTANOWIENIE
z dnia 05 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Aneta Mlącka**
Członkowie: **Małgorzata Matecka**
Agata Mikołajczyk

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 05 stycznia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 grudnia 2022 r. przez Wykonawcę **Mirbud S.A. (ul. Unii Europejskiej 18, 96-100 Skierniewice)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Olsztynie (ul. Żołnierska 18, 10-561 Olsztyn)**

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Wykonawcy **Mirbud S.A. (ul. Unii Europejskiej 18, 96-100 Skierniewice)** kwoty **18000 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej 90 % uiszczanego wpisu.

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 2022 r., poz. 1710 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:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Olsztynie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest: „Budowa nowego budynku na potrzeby Centrum Urazowego Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Olsztynie”.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się 19 grudnia 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 244-704428.

29 grudnia 2022 roku Odwołujący Mirbud S.A. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu:

- naruszenie art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp oraz art. 17 ust 1 ustawy Pzp w związku z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wadliwe określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy - doświadczenie wykonawcy, tj. określenie wymagań w zakresie wykazania się realizacją inwestycji o wartości: „min. 50.000.000,00 PLN brutto”, co w połączeniu z warunkiem dot. instalacji gazów medycznych narusza zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę udzielania zamówienia zapewniającego najlepszą jakość uzasadnioną charakterem zamówienia, gdyż tak sformułowany warunek nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nie odzwierciedla minimalnych poziomów, z uwagi na zbyt wygórowaną wartość referencyjnej roboty budowlanej, przez co Postępowanie straciło walor przejrzystości;
- naruszenie art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp oraz art. 17 ust 1 ustawy Pzp w związku z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp w związku z § 9 ust. 1 pkt 1) i ust. 4 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, poprzez wadliwe określenie podmiotowego środka dowodowego w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy - doświadczenie wykonawcy, tj. określenie wymagań w zakresie wykazania się doświadczeniem z ostatnich 5 lat, co w połączeniu z warunkiem dot. wartości inwestycji oraz instalacji w niej gazów medycznych narusza zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę udzielania zamówienia zapewniającego najlepszą jakość uzasadnioną charakterem zamówienia, gdyż tak sformułowany warunek nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nie odzwierciedla minimalnych poziomów, z uwagi na zbyt wygórowaną wartość referencyjnej roboty budowlanej, przez co Postępowanie straciło walor przejrzystości;

- naruszenie art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp oraz art. 17 ust 1 ustawy Pzp w związku z art.106 ust 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez wadliwe określenie przedmiotowych środków dowodowych w postaci folderów, kart katalogowych, kart charakterystyki, kart technicznych, których Zamawiający żąda wraz z ofertą, tj. określenie tych przedmiotowych środków dowodowych w sposób, który narusza zasadę niezbędności i proporcjonalności, co z kolei skutkuje naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i zasadę równego traktowania wykonawców, poprzez postawienie na obecnym etapie żądania przedstawienia kart produktowych dla niemalże wszystkich elementów wyposażenia, nie przyczynią się do faktycznego wyłonienia wykonawcy, który gwarantuje należną jakość wykonania zamówienia, co przez Postępowanie straciło walor przejrzystości;

- art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp, art. 431 ustawy Pzp, art. 433 pkt 3) ustawy Pzp oraz art. 647 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, art. 3531 KC, art. 58 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przygotowanie i prowadzenie przez Zamawiającego postępowania w sposób naruszający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, jak również zasadę proporcjonalności oraz współdziałania stron - przez zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w sposób zapewniający najlepszą jakość robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia oraz uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, wobec sformułowania niżej przytoczonych postanowień umownych w sposób wykorzystujący pozycję dominującą organizatora przetargu i rażące uprzywilejowanie w treści projektu umowy pozycji Zamawiającego, wbrew zasadom współdziałania, równoważenia interesów stron umowy w sprawie zamówienia publicznego, a także zasad współżycia społecznego i właściwości stosunku prawnego:

- § 9 ust. 8 wzoru umowy - poprzez zaniechanie wskazania, jaki zakres przedmiotowy jest objęty obowiązkiem przeglądów okresowych, co uniemożliwia należytą kalkulację ceny ofertowej i potencjalnie prowadzi do złożenia nieporównywalnych ofert, co z kolei nie przekłada się na zapewnienie najlepszej jakości realizowanego zamówienia oraz stanowi naruszenie zasady uzyskania najlepszych efektów zamówienia;

- § 10 ust. 1 pkt 6 wzoru umowy poprzez zbyt wysokie ustanowienie progów kary umownej, co bezzasadnie podraża ofertę wykonawcy, z uwagi na konieczność wliczenia ryzyka zapłaty nadmiernie wygórowanych kar umownych, z w żaden sposób nie przekłada się na zapewnienie najlepszej jakości robót budowlanych oraz stanowi naruszenie zasady uzyskania najlepszych efektów zamówienia;

- § 10 ust. 2 wzoru umowy poprzez zbyt wysokie ustanowienie progów kary umownej, co bezzasadnie podraża ofertę wykonawcy, z uwagi na konieczność wliczenia ryzyka zapłaty nadmiernie wygórowanych kar umownych, z w żaden sposób nie przekłada się na zapewnienie najlepszej jakości robót budowlanych oraz stanowi naruszenie zasady

uzyskania najlepszych efektów zamówienia,

- § 13 ust. 3 pkt 1) i 2) wzoru umowy poprzez ustanowienie zbyt wysokiego progu zmiany wartości cen materiałów - określonych zbyt wąsko - uruchamiającego waloryzację, co skutkuje, iż przedmiotowa klauzula pozornie jedynie wprowadza waloryzację, gdyż nie umożliwia ona osiągnięcie zakładanego celu, co bezzasadnie podraża ofertę wykonawcy, z uwagi na konieczność wliczenia ryzyka zmiany nadmiernie wygórowanego progu podwyżek, gdyż obecnie brzmienie § 13 ust. 3 pkt 1 i 2 pozwala Zamawiającemu na obciążenie Wykonawcy faktycznie całym ryzykiem wzrostu cen robocizny i materiałów, co z kolei prowadzi do bezpodstawnego wzbogacenia Zamawiającego i rażącego naruszenia zasady lojalności kontraktowej i równości kontraktowej, a także stanowi naruszenie zasady uzyskania najlepszych efektów zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści Ogłoszenia o zamówieniu i SWZ (w tym Załącznika nr 3 Formularza ofertowego oraz Załącznika nr 11 Wzór umowy), przekazania dokonanej zmiany niezwłocznie wszystkim wykonawcom, którym przekazano SWZ oraz zamieszczenia zmiany Ogłoszenia o zamówieniu i SWZ na stronie internetowej, na której Ogłoszenie o zamówieniu lub SWZ jest udostępniana, przesunięcia terminu składania ofert o niezbędny dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach, tj. na dzień 17.02.2023 r.

3 stycznia 2023 roku Odwołujący przesłał pismo, w którym oświadczył, że cofa odwołanie.

Wobec powyższego, stosownie do art. 568 pkt 1) ustawy Prawo zamówień publicznych z 11 września 2019 r., postępowanie podlegało umorzeniu.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 557 ustawy Prawo zamówień publicznych z 11 września 2019 r. oraz § 9 ust. 1 pkt 3a 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437), z którego wynika, że w przypadku cofnięcia odwołania, Odwołującemu zwraca się 90% wpisu.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....