

POSTANOWIENIE
z dnia 2 czerwca 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

po rozpoznaniu w dniu 2 czerwca 2021 roku w Warszawie, na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 kwietnia 2021 r. przez **GISS Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojskową Akademię Techniczną im. Jarosława Dąbrowskiego w Warszawie**

przy udziale wykonawców:

- A. **WORKS 11 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **odwołującego**,
- B. **KLIMAWENT Spółka Akcyjna w Gdyni**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

postanawia

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego na rzecz **GISS Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** kwoty **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej równowartość uiszczzonego 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 2019 r., poz. 2019 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 – Wojskowa Akademia Techniczna im. Jarosława Dąbrowskiego w Warszawie – działając na podstawie przepisów ustawy dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm. – ustawa P.z.p.), prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem budowa modułowej strzelnicy kontenerowej w formule „zaprojektuj i wykonaj”.

W dniu 30 kwietnia 2021 roku wykonawca GISS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 105 ust. 1 i 106 ust. 2 i 3 w zw. z art. 99 ust. 2 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy P.z.p. poprzez określenie wymagania posiadania przez oferowaną strzelnicę certyfikatu balistycznego wydanego przez WITU w Zielonce oraz żądanie przedstawienia go jako przedmiotowego środka dowodowego, co jest nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia i prowadzi do ograniczenia konkurencyjności postępowania;
2. art. 112 ust 2 pkt 4 i art. 116 ust. 1 ustawy P.z.p. oraz § 9 ust. 1 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 w zw. z art. 124 pkt 2 w zw. z art. 16 ustawy P.z.p. poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w pkt V. 1.4 lit. a specyfikacji warunków zamówienia (s.w.z.) w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i naruszający uczciwą konkurencję oraz żądanie przedstawienia dokumentu, który nie stanowi dokumentu wymaganego dla potwierdzenia należytego wykonania robót budowlanych wymaganych dla wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu i nie został wymieniony jako właściwy podmiotowy środek dowodowy w rozporządzeniu 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;
3. art. 99 ust. 1, 2 i 4 oraz art. 103 ust. 3 w zw. z art. 16 ustawy P.z.p. poprzez opisanie przedmiotu zamówienia oraz sporządzenie programu funkcjonalno-użytkowego („PFU”) w sposób niejednoznaczny i niejasny oraz niedostatecznie wyczerpujący i wewnętrznie sprzeczny, a także nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i naruszający uczciwą konkurencję, w zakresie, w jakim:

a. pkt 5.13 PFU zawiera wymagania niespójne z warunkami udziału w postępowaniu oraz wymaganiami przedmiotowymi opisanymi w SWZ, a ponadto zawiera wymagania dotyczące właściwości wykonawcy oraz faktyczne warunki podmiotowe udziału w postępowaniu, a nie wymagania dotyczące zadania budowlanego zgodnie z treścią art. 103 ust. 3 ustawy P.z.p.;

b. wymagania pkt 5.13 ppkt 1, 2 i 3 PFU są nieproporcjonalne i nadmierne w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz prowadzą do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencyjności postępowania;

c. w PFU występują rozbieżności w wymaganiach, co do: - wymiarów strzelnicy (pkt 2.1.3 oraz pkt 3.2 PFU)

- uzgodnień projektu (pkt 5.3 oraz 3.9 PFU)

- koloru strzelnicy (pkt 2.1.3 PFU oraz pkt 2 Załącznika nr 1 do PFU)

- liczby pomieszczeń w strzelnicy (pkt 2.1 . 3 PFU oraz pkt 2 Załącznika nr 1 do PFU);

d. w pkt 13 (str. 9) PFU przewidziano obowiązek zaprojektowania, a następnie wykonania instalacji fotowoltaicznej w ramach przedmiotu Umowy oraz obarczenia Wykonawcy ryzykiem pokrycia kosztów zakupu energii elektrycznej i rozbudowy stacji paneli fotowoltaicznych w przypadku zużycia energii elektrycznej przekraczającego uzysk energii z instalacji fotowoltaicznej, bez określenia warunków wewnętrznych (jak charakterystyki użytkowania obiektu) oraz bez uwzględnienia warunków zewnętrznych (np. pogodowych), w czasie działania instalacji fotowoltaicznej, co przekłada się na brak możliwości faktycznego oszacowania kosztów i przygotowania oferty przez Wykonawcę.

e. § 4 ust. 11 Projektu Umowy określa wymagania co do zakresu przedmiotu zamówienia w sposób odmienny od PFU w zakresie dotyczącym konieczności wykonania przez Wykonawcę w ramach realizacji przedmiotu zamówienia nasadzeń drzew, podczas, gdy w PFU opisano jedynie obowiązek dokonania wycinki drzew i pokrycia kosztów tej wycinki.

4. art. 131 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy P.z.p. poprzez wyznaczenie zbyt krótkiego terminu składania ofert, nieodpowiedniego do specyfiki zamówienia oraz niewystarczającego do ich przygotowania i złożenia, a dodatkowo, prowadzącego do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

5. art. 353¹ w. zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez sporządzenie wzoru umowy w sposób naruszający zasady współzycia społecznego i równowagę stron umowy oraz nadmiernie obciążający wykonawcę w zakresie, w jakim Zamawiający przewidział nadmiernie wysokie kary umowne w przypadkach opisanych w § 13 ust. 1 Wzoru umowy.

Do postępowania odwoławczego przystąpili wykonawcy:

- A. WORKS 11 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach, po stronie odwołującego,
- B. KLIMAWENT Spółka Akcyjna w Gdyni, po stronie zamawiającego.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 14 maja 2021 roku zamawiający oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

W dniu 17 maja 2021 roku Prezes Krajowej Izby Odwoławczej wezwał wykonawcę KLIMAWENT SA w Gdyni do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów odwołania, w terminie 3 dni od dnia doręczenia wezwania.

W wyznaczonym terminie wykonawca KLIMAWENT SA w Gdyni nie udzielił odpowiedzi w przedmiocie wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu i braku sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania, postępowanie odwoławcze należało umorzyć na podstawie art. 522 ust. 2 ustawy P.z.p. Zgodnie z art. 522 ust. 2 ustawy P.z.p., jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Wobec powyższego, postanowiono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r., poz. 2437), z którego wynika, że jeżeli przed otwarciem rozprawy zamawiający uwzględnił w całości zarzuty w odwołaniu, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, koszty postępowania odwoławczego znosi się wzajemnie, a Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący