

Sygn. akt: KIO 2770/20

POSTANOWIENIE
z dnia 18 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 18 listopada 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 października 2020 r. przez wykonawcę **NDI Sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie** w postępowaniu prowadzonym **Jednostką Gospodarki Nieruchomościami w Zabrze**,

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego – wykonawcy **NDI Sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie** kwoty 18 000 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 Gliwicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Jednostka Gospodarki Nieruchomościami w Zabrze [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *wsparcie mobilności miejskiej miasta Zabrze poprzez budowę centrów przesiadkowych wraz z infrastrukturą towarzyszącą* (znak postępowania: ZP.340.43.II-17.2020).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 października 2020 r. pod numerem 2020/S 202 – 487219.

W dniu 26 października 2020 r. wykonawca NDI Sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 29 ust. 2 w związku z art. 91 ust. 2 pkt 1 i 6 oraz art. 91 ust. 2c i ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 5 KC, art. 353¹ KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wprowadzenie poza cenowego kryterium oceny ofert (określone w pkt 13.1 ppkt 2) SIWZ) nieodnoszącego się do przedmiotu zamówienia oraz oznaczenie kryterium, które w istocie jest nieproporcjonalnie wysokie, nadmierne, a tym samym trudne do spełnienia przez wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, czego skutkiem jest nieuzasadnione potrzebami Zamawiającego ograniczenie dostępu Wykonawców do uzyskania zamówienia publicznego, a tym samym utrudnienie zachowania uczciwej konkurencji w niniejszym postępowaniu. Maksymalnie wykonawca może wydłużyć do 9 lat i więcej okres gwarancji i rękojmi za co otrzyma 30 punktów. Kryterium to dotyczy właściwości wykonawcy-wiarygodności ekonomicznej lub finansowej wykonawcy albowiem ogranicza możliwość otrzymania maksymalnej ilości punktów jedynie do dużych wykonawców, którzy otrzymają 9letnie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Ponadto zrównanie okresu rękojmi z długością okresu gwarancji i ustanowienie jednego z kryteriów oceny ofert z możliwością wydłużenia okresu gwarancji i rękojmi do 8 lub nawet 9 lat jest naruszeniem równowagi kontraktowej, naruszeniem zasady proporcjonalności i również zniechęca wykonawców do składania ofert w postępowaniu, a - w konsekwencji - podważa uczciwą konkurencję;
2. art. 29 ust. 2 w zw. z art. 91 ust. 2 pkt 5, ust. 2c i ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp polegające na ich niewłaściwym zastosowaniu, poprzez wprowadzenie w zapisie części I punktu 13.1 ppkt 3) SIWZ: KRYTERIUM - doświadczenie kierownika

budowy (D), które są nieproporcjonalnie wysokie, nadmierne, a tym samym trudne do spełnienia przez wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, czego skutkiem jest nieuzasadnione potrzebami Zamawiającego ograniczenie dostępu Wykonawców do uzyskania zamówienia publicznego, a tym samym utrudnia zachowanie uczciwej konkurencji w niniejszym postępowaniu;

3. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, art. 5 KC, art. 353¹ KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sformułowanie postanowień umownych w sposób naruszający regułę uczciwej konkurencji i wykraczający poza ramy wynikające ze swobody kontraktowania, co znalazło odzwierciedlenie w treści i 2.7. Załącznika nr 2 do Umowy GWARANGA JAKOŚCI WARUNKI GWARANGI JAKOŚCI UDZIELONEJ NA PODSTAWIE UMOWY - czyli obowiązku przeprowadzenia serwisów oraz wymian eksploatacyjnych w wymiarze, który nie jest jednoznacznie i wyczerpująco określony w dokumentacji postępowania, co skutkuje niemożliwością oszacowania zakresu robót w okresie rękojmi i gwarancji oraz przerzuceniem na Wykonawcę ryzyka wykonania dodatkowych czynności i usług o znacznym wymiarze i cenie, które na moment składania oferty są niemożliwe do wyceny, co rażąco narusza równowagę kontraktową, zniechęcając wykonawców do wzięcia udziału w Postępowaniu, a - w konsekwencji - podważa uczciwą konkurencję;

4. art. 151 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp poprzez niezgodne z ww. przepisami ustalenie, iż zabezpieczenie wniesione w formie wymienionej w pkt. 15.2: 2, 3, 4, 5 SIWZ w 100% wysokości musi obowiązywać (czyli wykonawca musi utrzymywać jego ważność) co najmniej do 30 dni od dnia wykonania zamówienia;

5. art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 36 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 41 pkt 6 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez określenie terminu wykonania zamówienia w postaci daty kalendarzowej (pkt 4 SIWZ oraz §6 ust. 2 CZĘŚĆ III WZÓR UMOWY dla Części 1 oraz §6 ust. 2 CZĘŚĆ III WZÓR UMOWY dla Części 2) podczas gdy taki sposób określenia terminu wykonania zamówienia nie uwzględnia i nie zabezpiecza stron przed okolicznościami, które mogą ograniczyć czas potrzebny do wykonania zamówienia, a w konsekwencji może skutkować niemożliwością jego wykonania w określonym terminie oraz przerzuca na wykonawców niewycenialne ryzyka wynikające z ewentualnego przedłużenia się postępowania przetargowego z przyczyn od nich niezależnych, co zniechęca wykonawców do składania ofert w Postępowaniu, a - w konsekwencji - prowadzi do naruszenia uczciwej konkurencji;

6. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, jak również zasad proporcjonalności i przejrzystości - a to przez zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą

starannością, w sposób umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji i wypełnienie obowiązków Inwestora związanych z przygotowaniem robót, w szczególności wobec zaniechania jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia w zakresie szczegółowo wskazanym w odwołaniu. Nadto w związku z zasadą przejrzystości niezapewnienie wykonawcom koniecznych informacji do złożenia dobrze wycenionej oferty oraz zasady proporcjonalności w szczególności w kontekście ukształtowania w sposób arbitralny ww. zapisów SIWZ i warunków Umowy.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie Zamawiającemu:

1. zmianę pkt 13.1 2) SIWZ poprzez odstąpienie od punktowanego wymogu albo ustalenie punktowanego wymogu jedynie w odniesieniu do przyjęcia dłuższego okresu gwarancji albo jego modyfikację poprzez odstąpienie od premiowania dodatkowymi punktami wydłużenia przez wykonawcę okresu gwarancji i rękojmi do 8 oraz 9 lat, tj. nadanie temu wymogowi następującego brzmienia:

„2) KRYTERIUM - okres udzielonej gwarancji i rękojmi na wykonane roboty i zastosowane materiały w odniesieniu do budynku centrum przesiadkowego oraz dróg wraz z infrastrukturą towarzyszącą (G)

- dla każdej z części zamówienia

Minimalny okres gwarancji jakości i rękojmi za wady - 5 lat

Zamawiający przyzna po 15 punktów za każdy kolejny pełny rok gwarancji i rękojmi udzielony przez wykonawcę powyżej wymaganego minimum (5 lat), maksymalnie 30 punktów.

Punktacja dotycząca ww. kryterium oraz sposób przyznawania punktów:

5 lat – 0 punktów,

6 lat – 15 punktów,

7 lat i więcej – 30 punktów,

Jeżeli wykonawca nie poda okresu gwarancji i rękojmi w formularzu oferty, to zamawiający uzna, że wykonawca udzielił gwarancji jakości na okres 5 lat, a wykonawca uzyska 0 punktów.

W przypadku zaofiarowania okresu gwarancji i rękojmi dłuższego niż 7 lat, wykonawca otrzyma maksymalną liczbę punktów, natomiast w przypadku zawarcia umowy z tym wykonawcą w umowie wskazany zostanie okres zadeklarowany przez wykonawcę.

W sytuacji zaofiarowania przez wykonawcę okresu gwarancji i rękojmi w innej jednostce czasu niż lata - zamawiający dokona przeliczenia na pełne lata.

W sytuacji zaofiarowania przez wykonawcę okresu gwarancji i rękojmi w niepełnych latach

(np. 5,5 roku lub 65 miesięcy), Zamawiający na potrzeby oceny ofert dokona zaokrąglenia tak podanego okresu w dół do pełnych lat, natomiast w przypadku zawarcia umowy z tym wykonawcą w umowie wskazany zostanie okres zadeklarowany przez wykonawcę.

W sytuacji, gdy wykonawca zaoferuje w ofercie termin gwarancji i rękojmi krótszy niż 5 lat zamawiający uzna ofertę za niezgodną z SIWZ i odrzuci ją na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.”,

2. zmianę punktu 13.1 ppkt 3) SIWZ poprzez jego modyfikację i nadanie temu wymogowi następującego brzmienia:

„3) KRYTERIUM - doświadczenie kierownika budowy (D)

Dla części 1

Zamawiający przyzna po 5 pkt w przypadku wykazania, że osoba wskazana jako kierownik budowy posiada doświadczenie w kierowaniu budową na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych, więcej niż jednego budynku dla którego zostało wydane pozwolenie na użytkowanie o kubaturze co najmniej 25 000 m³ w okresie ostatnich 10 lat.

Dla części 2

Zamawiający przyzna po 5 pkt w przypadku wykazania, że osoba wskazana jako kierownik budowy posiada doświadczenie w kierowaniu budową na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych, więcej niż jednego budynku dla którego zostało wydane pozwolenie na użytkowanie o kubaturze co najmniej 550 m³ w okresie ostatnich 10 lat. Przy czym nie więcej niż 10 punktów w sposób następujący:

Dla części 1

1 budynek o kubaturze co najmniej 25 000,00 m³ – 0 pkt

2 budynki o kubaturze co najmniej 25 000,00 m³ – 5 pkt

3 budynki o kubaturze co najmniej 25 000,00 m³ – 10 pkt

Dla części 2

1 budynek o kubaturze co najmniej 550,00 m³ – 0 pkt

2 budynki o kubaturze co najmniej 550,00 m³ – 5 pkt

3 budynki o kubaturze co najmniej 550,00 m³ – 10 pkt”

3. zmianę pkt 2.7 Załącznika nr 2 do Umowy GWARANCJA JAKOŚCI WARUNKI GWARANCJI JAKOŚCI UDZIELONEJ NA PODSTAWIE UMOWY poprzez jego wykreślenie albo modyfikację poprzez:

- określenie jakie konkretnie oraz ile razy w roku powinien, w ramach udzielonej gwarancji wykonawca dokonywać przeglądów oraz serwisów w ramach przedmiotu zamówienia,

- określenie co w ramach ceny ofertowej jest zobowiązany w okresie gwarancji wymienić wykonawca, czyli konkretne rozwinięcie techniczne i merytoryczne określenia użytego przez

Zamawiającego w treści umowy gwarancyjnej, tj.: „wymiana części szybkozużywających się, materiałów eksploatacyjnych, wymaganych przez producentów zabudowanych urządzeń.”

4. zmianę pkt 15.12 SIWZ o treści: „Zabezpieczenie wniesione w formie wymienionej w pkt. 15.2: 2,3,4,5 SIWZ w 100% wysokości musi obowiązywać co najmniej do 30 dni od dnia wykonania zamówienia.” - polegająca na wykreśleniu (usunięciu) tego zapisu,

5. zmianę sposobu określenia terminu wykonania zamówienia poprzez zastąpienie terminu wykonania zamówienia określonego w postaci konkretnej daty kalendarzowej (dla części 1-30 kwietnia 2023 r., dla Części 2-30 listopada 2022 r.) terminem oznaczonym w postaci określonej liczby miesięcy liczonej od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, a ponadto Odwołujący wniósł o:

6. nakazanie przekazania zmiany SIWZ niezwłocznie wszystkim wykonawcom oraz zamieszczenie jej na stronie internetowej,

7. nakazanie odpowiedniej zmiany terminu składania ofert, jeżeli okaże się to niezbędne,

8. obciążenie w całości Zamawiającego kosztami postępowania, tj. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów wpisu od odwołania w wysokości 20.000,00 zł wraz z ewentualnymi pozostałymi kosztami przedstawionymi na wykazie podczas rozprawy, w tym ewentualnymi kosztami zastępstwa procesowego.

Do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpień.

W dniu 16 listopada 2020 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismo, w którym oświadczył, że cofa odwołanie wniesione w dniu 26 października 2020 r.

Wobec powyższych ustaleń Izba wskazuje, że na skutek cofnięcia odwołania wystąpiły przesłanki do umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 187 ust. 8 ustawy Pzp. Zgodnie bowiem z ww. przepisem, odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze. Jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90% wpisu.

Cofnięcie odwołania jest nieograniczonym uprawnieniem odwołującego do czasu zamknięcia rozprawy. Tym samym skuteczne cofnięcie odwołania znosi wszelkie skutki prawne związane z jego wniesieniem.

W takim przypadku, Izba jest zobowiązana do umorzenia postępowania odwoławczego i orzeczenia o zwrocie odwołującemu 90% kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

W tym stanie rzeczy Izba – zgodnie z przepisem art. 187 ust. 8 zd. pierwsze ustawy Pzp – postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze.

Ponadto zgodnie z art. 187 ust. 8 zd. drugie ustawy Pzp oraz na podstawie § 5 ust. 1 pkt 3 lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 972 ze zm.) Izba orzekła o dokonaniu zwrotu na rzecz Odwołującego 90% kwoty wpisu uiszczanego w wysokości 20 000,00 zł.

Mając na uwadze powyższe postanowiono jak w sentencji.

Przewodniczący: