

POSTANOWIENIE
z dnia 4 maja 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 4 maja 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 kwietnia 2022 r. przez wykonawcę **EKOINDUSTRY spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Nyską Energetykę Ciepłą - Nysa spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Nysie**

przy udziale wykonawcy **ERBUD Industry spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

postanawia:

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze,**
- 2. znieść wzajemnie koszty postępowania odwoławczego i nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 20 000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy EKOINDUSTRY spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach, stanowiącej wpis od odwołania.**

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 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

Nyska Energetyka Ciepła - Nysa spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Nysie (dalej: Zamawiający), prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.; dalej: PZP albo ustawa Pzp), którego przedmiotem jest „Budowa kotłowni z kotłem parowym opalanym paliwem alternatywnym dla Nyskiej Energetyki Ciepłej - Nysa Sp. z o.o.”, numer referencyjny: 1/ZP/2022.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego wykonawca EKOINDUSTRY spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach (dalej: Odwołujący), wniósł w dniu 19 kwietnia 2022 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 99 ust. 5 i 6 PZP poprzez zaniechanie wskazania możliwości zastosowania rozwiązań równoważnych oraz zaniechanie wskazania kryteriów które będą stosowane w celu oceny równoważności,
2. art. 112 ust. 1 PZP w zw. z art. 116 PZP oraz art. 16 PZP poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w zakresie kwalifikacji personelu w sposób nadmierny i nieuzasadniony,
3. art. 431 PZP w zw. z art. 353¹ k.c. oraz art. 433 pkt 1 PZP poprzez wprowadzenie do projektu umowy zapisów skrajnie niekorzystnych i nakładających na Wykonawcę odpowiedzialność za opóźnienie,
4. art. 131 ust. 1 i 2 PZP poprzez określenie terminu składania ofert jako minimalny dopuszczalny przepisami prawa w sytuacji znacznej złożoności i specyfiki przedmiotu zamówienia oraz uwzględnienia wizji lokalnej. W konsekwencji podniesionych zarzutów,

W konsekwencji Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu dokonania niżej wymienionych zmian w zakresie warunków udziału w postępowaniu:

1. Wprowadzenie kryteriów równoważności (w tym z uwzględnieniem możliwości odchylenia od podanych parametrów) dla wszystkich urządzeń wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia i załącznikach – projektach, ze szczególnym uwzględnieniem projektów wykonawczych.
2. Zmianę warunku udziału w postępowaniu (SWZ, dział „WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU” pkt 2. 4) b), ppkt:

- B1) – poprzez zastąpienie zapisu: „*posiada doświadczenie zawodowe na stanowisku Kierownika/Dyrektora kontraktu/Przedstawiciela Wykonawcy w zarządzaniu co najmniej jednym zadaniem w zakresie którego wchodziła budowa instalacji do termicznego przekształcenia odpadów.*” zapisem „*posiada doświadczenie zawodowe na stanowisku Kierownika/Dyrektora kontraktu/Przedstawiciela Wykonawcy w zarządzaniu co najmniej jednym zadaniem w zakresie budownictwa przemysłowego o wartości nie mniejszej niż 30.000.000 PLN brutto.*”
- B2) - poprzez zastąpienie zapisu: „*posiada doświadczenie zawodowe polegające na pełnieniu funkcji Kierownika budowy przy realizacji co najmniej 1 zadania obejmującego budowę instalacji do termicznego przekształcenia odpadów w technologii rusztowej z odzyskiem energii elektrycznej i cieplnej o wydajności nie mniejszej niż 15 000 Mg odpadów na rok.*” zapisem „*posiada doświadczenie zawodowe polegające na pełnieniu funkcji Kierownika budowy przy realizacji co najmniej 1 zadania w zakresie budownictwa przemysłowego o wartości nie mniejszej niż 30.000.000 PLN brutto obejmującego budowę instalacji technologicznej.*”
- B4) - poprzez zastąpienie zapisu: „*posiada doświadczenie zawodowe polegające na pełnieniu funkcji Kierownika robót instalacyjnych sanitarnych lub Kierownika budowy przy realizacji co najmniej 1 zadania obejmującego budowę instalacji do termicznego przekształcenia odpadów.*” zapisem „*posiada doświadczenie zawodowe polegające na pełnieniu funkcji Kierownika robót instalacyjnych sanitarnych lub Kierownika budowy przy realizacji co najmniej 1 zadania obejmującego budowę instalacji w branży energetycznej – tj. przy budowie, przebudowie rozbudowie elektrowni/elektrociepłowni/ciepłowni lub innego obiektu tego typu.*”
- B6) - poprzez zastąpienie zapisu: „*posiada doświadczenie zawodowe przy realizacji co najmniej 1 zadania obejmującego budowę instalacji do termicznego przekształcenia odpadów*” zapisem „*posiada doświadczenie zawodowe przy realizacji co najmniej 1 zadania obejmującego budowę instalacji kogeneracji z odzyskiem energii elektrycznej i cieplnej*”.
3. Usunięcie z projektu umowy zapisu zezwalającego Zamawiającemu na odstąpienie od umowy w przypadku:
- a) przerwy trwającej dłużej niż 10 dni (§ 18 ust. 1 pkt 1),
- b) opóźnienia w realizacji inwestycji w stosunku do terminu o którym mowa w § 4 ust. 1 Umowy przekraczającego 10 dni (§ 18 ust. 1 pkt 6)

4. Określenie terminu składania ofert jako termin nie krótszy niż przypadający na 30 dni od daty ogłoszenia orzeczenia w sprawie niniejszej.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Termin rozprawy wyznaczono na dzień 16 maja 2022 r.

W dniu 29 kwietnia 2022 r., przed otwarciem rozprawy, Zamawiający uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu w części, tj. w odniesieniu do:

- 1) naruszenia art. 99 ust. 5 i 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wskazania możliwości zastosowania rozwiązań równoważnych oraz zaniechanie wskazania kryteriów, które będą stosowane w celu oceny równoważności,
- 2) naruszenia art. 112 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 116 ustawy Pzp oraz art. 16 ustawy Pzp poprzez określenie w SWZ w rozdziale V. Warunki udziału w postępowaniu i podstawy wykluczenia ust. 2. pkt 4) lit. b) ppkt B1), warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego osoby proponowanej do pełnienia funkcji; Kierownika / Dyrektora kontraktu / Przedstawiciela Wykonawcy w sposób nadmierny i nieuzasadniony,
- 3) naruszenia art. 431 ustawy Pzp w związku z art. 353¹ Kc oraz art. 433 pkt 1 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do projektu umowy w § 18 ust. 1 pkt 1) i pkt 6) zapisów skrajnie niekorzystnych i nakładających na Wykonawcę odpowiedzialność za opóźnienie,
- 4) naruszenia art. 131 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez określenie terminu składania ofert jako minimalny dopuszczalny przepisami prawa w sytuacji znacznej złożoności i specyfiki przedmiotu zamówienia oraz uwzględnienia wizji lokalnej.

Równocześnie Zamawiający wskazał, że nie uwzględni zarzutu naruszenia art. 112 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 116 ustawy Pzp oraz art. 16 ustawy Pzp poprzez określenie w SWZ w rozdziale V. Warunki udziału w postępowaniu i podstawy wykluczenia ust. 2. pkt 4) lit. b) ppkt B2), B4), B6) warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego osób proponowanych do pełnienia funkcji Kierownika budowy, Kierownika robót instalacyjnych sanitarnych, Specjalisty ds. AKPIA w sposób nadmierny i nieuzasadniony.

W dniu 4 maja 2022 r. Odwołujący oświadczył, że wobec uwzględnienia przez Zamawiającego „większości zarzutów odwołania – cofa pozostałe zarzuty”.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Mając na uwadze powyższe okoliczności, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 522 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z przywoływanym przepisem, *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.*

Stosownie do art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, *Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku, o którym mowa w art. 522.*

W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. 522 ust. 1 i art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, postanowiła jak sentencji.

Izba orzekła o wzajemnym zniesieniu kosztów postępowania odwoławczego oraz nakazała zwrot Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania, stosownie do przepisu § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: