

Sygn. akt: KIO 1416/22

POSTANOWIENIE
z dnia 10 czerwca 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu w dniu 10 czerwca 2022 roku w Warszawie, na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 maja 2022 roku przez wykonawcę **ERBUD Spółka akcyjna w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **5 Wojskowy Szpital Polikliniczny z Polikliniką SP ZOZ w Krakowie**

postanawia

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego na rzecz **ERBUD Spółki akcyjnej 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 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

Zamawiający – 5 Wojskowy Szpital Polikliniczny z Polikliniką SP ZOZ w Krakowie – działając na podstawie przepisów ustawy dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm. – ustawa P.z.p.), prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są roboty budowlane dotyczące realizacji zadania inwestycyjnego pod nazwą „Budowa budynku szpitala dla potrzeb bloku operacyjnego, oddziałów szpitalnych, zaplecza diagnostyczno-laboratoryjnego i rehabilitacji” wraz z dostawą sprzętu.

W dniu 26 maja 2022 roku wykonawca ERBUD SA w Warszawie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie od następujących czynności zamawiającego:

1) udzielenie zamówienia (sekcja III. 1 .3) Ogłoszenia) i w treści specyfikacji warunków zamówienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w odniesieniu do osoby wskazanej do pełnienia funkcji Koordynator Wykonawcy (pkt 11.1.4.1.1. specyfikacji warunków zamówienia - SWZ);

2) czynności ukształtowania w treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia (sekcja III. 1 .3) Ogłoszenia) i w treści specyfikacji warunków zamówienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w odniesieniu do osoby wskazanej do pełnienia funkcji Kierownik Budowy (pkt 11.1.4.1.2. SWZ);

3) czynności ukształtowania w treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia (sekcja III. 1 .3) Ogłoszenia) i w treści specyfikacji warunków zamówienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w odniesieniu do wymaganych inwestycji referencyjnych (pkt 1 1.1.4.2. SWZ);

4) czynności ukształtowania w treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia i w treści specyfikacji warunków zamówienia kryteriów i sposobu oceny ofert w odniesieniu do Doświadczenia Kierownika Budowy (pkt 21.1.3. SWZ);

5) czynności ukształtowania konkretnych postanowień Projektu Umowy (Załącznik nr 3 do SWZ).

Zaskarżone czynności oznaczone są w odwołaniu w jednostce redakcyjnej „I” w punktach 1-5.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1) w odniesieniu do czynności ukształtowania w treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia (sekcja III. 1 .3) Ogłoszenia) i w treści specyfikacji warunków zamówienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w odniesieniu do osoby wskazanej do pełnienia funkcji Koordynator Wykonawcy (pkt 1 1 . 1.4.1.1. *tiret* pierwsze SWZ):

a) naruszenie art. 112 ust. 1, ust. 2 pkt 4 i art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1, 2, 3 (ewentualnie naruszenie art. 112 ust. 1, ust. 2 pkt 4 i art. 116 ust. 1 ustawy P.z.p.) poprzez ustalenie warunku udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny i nadmierny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a także naruszenie art. 16 pkt 1, 2, 3 ustawy P.z.p. poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także w sposób nieproporcjonalny, w zakresie: wymagania, aby osoba wskazana na funkcję Koordynator Wykonawcy posiadała uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjnobudowlanej bez ograniczeń, o których mowa w ustawie Prawo budowlane;

2) w odniesieniu do czynności ukształtowania w treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia (sekcja III. 1 .3) Ogłoszenia) i w treści specyfikacji warunków zamówienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w odniesieniu do osoby wskazanej do pełnienia funkcji Kierownik Budowy (pkt 11.1.4.1.2. *tiret* trzecie SWZ):

a) naruszenie art. 112 ust. 1, ust. 2 pkt 4 i art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1, 2, 3 (ewentualnie naruszenie art. 112 ust. 1, ust. 2 pkt 4) i art. 116 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez ustalenie warunku udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny i nadmierny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a także naruszenie art. 16 pkt 1, 2, 3 ustawy P.z.p. poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także w sposób nieproporcjonalny, w zakresie: wymagania, aby osoba wskazana na funkcję Kierownik Budowy posiadała doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy w szczególności przy realizacji co najmniej 2 inwestycji budowlanych przy zabytkach nieruchomych;

3) w odniesieniu do czynności ukształtowania w treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia (sekcja III. 1 .3) Ogłoszenia) i w treści specyfikacji warunków zamówienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie

zdolności technicznej lub zawodowej w odniesieniu do wymaganych inwestycji referencyjnych (pkt 1.1.1.4.2. SWZ):

a) naruszenie art. 112 ust. 1, ust. 2 pkt 4 i art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1, 2, 3 (ewentualnie naruszenie art. 112 ust. 1, ust. 2 pkt 4 i art. 116 ust. 1) ustawy P.z.p. poprzez ustalenie warunku udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny i nadmierny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a także naruszenie art. 16 pkt 1, 2, 3 ustawy P.z.p. poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także w sposób nieproporcjonalny, w zakresie: wymagania, aby inwestycja referencyjna polegająca na budowie/przebudowie/modernizacji/rozbudowie obiektu służby zdrowia (wg Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych należącej do klasy 1264 budynki szpitali i zakładów opieki medycznej) musiała spełniać w szczególności łącznie następujące wymagania, tj.: obejmowała powstanie co najmniej 2 sal operacyjnych, w tym jednej hybrydowej; posiadała łączną wartość inwestycji nie mniejszą niż 100 000 000,00 zł (sto milionów złotych);

4) w odniesieniu do czynności ukształtowania w treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia i w treści specyfikacji warunków zamówienia kryteriów i sposobu oceny ofert w odniesieniu do Doświadczenia Kierownika Budowy (pkt 21.1.3. SWZ):

a) naruszenie art. 241 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p. poprzez opisanie kryteriów oceny ofert w sposób nadmierny i niezwiązany z przedmiotem zamówienia, a także naruszenie art. 16 pkt 1, 2, 3 ustawy P.z.p. poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także w sposób nieproporcjonalny, w zakresie:

- ustalenia, że Doświadczenie Kierownika Budowy posiada 20% znaczenia w ramach kryteriów oceny ofert;

- wymagania, aby dla uzyskania maksymalnej liczby punktów w odniesieniu do Doświadczenia Kierownika Budowy niezbędne było pełnienie funkcji przy realizacji 12 inwestycji referencyjnych;

5) w odniesieniu do czynności polegających na ukształtowaniu konkretnych postanowień Projektu Umowy (Załącznik nr 3 do SWZ):

a) naruszenie art. 353¹ K.c. w zw. z art. 8 ust. 1 (ewentualnie naruszenie art. 353¹ K.c.), a także art. 439 ust. 2 pkt 1, 3 ustawy P.z.p. poprzez wskazanie w art. 108.4.

Projektu Umowy, że „Wynagrodzenie będzie waloryzowane począwszy od trzynastego miesiąca realizacji Umowy i każdorazowo nie wcześniej niż wtedy, gdy wartość waloryzacji osiągnie poziom 5 (pięciu) % wartości Zaakceptowanego Wynagrodzenia określonego w Artykule 108.1 Aktu Umowy.

b) naruszenie art. 353¹ K.c. w zw. z art. 8 ust. 1 (ewentualnie naruszenie art. 353¹ K.c.), a także art. 439 ust. 2 pkt 3, 4 ustawy P.z.p. poprzez wskazanie w art. 108.8. Projektu Umowy, że „Wynagrodzenie będzie podlegało waloryzacji maksymalnie do 110 (sto dziesięć) % wartości Zaakceptowanego Wynagrodzenia, o którym mowa w Artykule 108.1. Aktu Umowy.”;

c) naruszenie art. 353¹ K.c. w zw. z art. 8 ust. 1 (ewentualnie naruszenie art. 353¹ K.c.), a także art. 439 ust. 2 pkt 3, 4 ustawy P.z.p. poprzez wskazanie w art. 108.8. Projektu Umowy, że „Łączna waloryzacja Zaakceptowanego Wynagrodzenia dokonana na podstawie niniejszego Artykułu nie może być wyższa niż 10% wartości Zaakceptowanego Wynagrodzenia, z zastrzeżeniem, że w drugim roku od podpisania Umowy waloryzacja Zaakceptowanego Wynagrodzenia nie może być wyższa niż 4% wartości Zaakceptowanego Wynagrodzenia, w trzecim 3 % wartości Zaakceptowanego Wynagrodzenia, a czwartym 3 % wartości Zaakceptowanego Wynagrodzenia”.

Wskazane wyżej zarzuty zostały zawarte w jednostce III odwołania w punktach 1-5.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 9 czerwca 2022 roku, zamawiający oświadczył, że uwzględni odwołanie w części w zakresie pkt I.1, I.2, I.3 i I.4 odwołania (odpowiednio zarzuty: III.1, III.2, III.3 i III.5).

Odwołujący na posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 czerwca 2022 roku cofnął odwołanie w zakresie nieuwzględnionym przez zamawiającego, tj. w zakresie czynności wskazanej w punkcie I.5 odwołania (odpowiednio zarzut III.5 odwołania).

Do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Izba zważyła, co następuje:

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 522 ust. 3, 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. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

Wobec powyższego, postanowiono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b 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 w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości, koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, znosi się wzajemnie, jeżeli przed otwarciem rozprawy zamawiający uwzględnił w części zarzuty przedstawione w odwołaniu i pozostałe zarzuty zostały przez odwołującego wycofane, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu

– w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący