

Sygn. akt: KIO 3270/22

POSTANOWIENIE

z dnia 22 grudnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Katarzyna Odrzywolska**
Członkowie: **Andrzej Niwicki**
Marzena Ordysińska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania w dniu 22 grudnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 grudnia 2022 r. przez wykonawcę: **Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Narodowy Instytut Fryderyka Chopina z siedzibą w Warszawie**

przy udziale:

- 1) wykonawcy: **NDI S.A. z siedzibą w Sopocie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego
- 2) wykonawcy: **HOCHTIEF Polska S.A. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego
- 3) wykonawcy: **PORR S.A. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego
- 4) wykonawcy: **Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego
- 5) wykonawcy: **Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy: Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie kwoty 18 000,00 zł. (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej 90% kwoty uiszczanego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 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

Narodowy Instytut Fryderyka Chopina z siedzibą w Warszawie (dalej: „zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) - zwanej dalej „ustawa Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu ograniczonego o wartości szacunkowej powyżej progów unijnych pn. „Budowa Międzynarodowego Centrum Muzyki w Żelazowej Woli”, nr referencyjny: ZP.25.47.2022.1 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 28 listopada 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 229-660207.

W dniu 8 grudnia 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę: **Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie** (dalej „odwołujący”), wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego, polegających na ustaleniu treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SWZ”) w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp i kodeksu cywilnego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 112 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 16 pkt 1 - 3 ustawy Pzp poprzez sformułowanie warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, o której mowa w Rozdziale IX ust. 1 pkt 1 lit. a i b SWZ w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla oceny zdolności do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia przez poszczególnych wykonawców, a co za tym idzie w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji;
2. art. 112 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 - 3 ustawy Pzp poprzez sformułowanie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wymaganego od wykonawcy, o którym mowa w odpowiedniej części Rozdziału IX ust. 1 pkt 2 lit. a SWZ w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla oceny zdolności do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia przez poszczególnych wykonawców, a co za tym idzie w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji;

3. art. 112 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 - 3 ustawy Pzp poprzez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wymaganego od osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, o których mowa w odpowiedniej części Rozdziału IX ust. 1 pkt 2 lit. a i od c do h SWZ w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla oceny zdolności do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia przez poszczególnych wykonawców, a co za tym idzie w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji;
4. art. 239 ust. 1 w zw. z art. 242 ust. 1 w zw. z art. 242 ust. 2 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 - 3 ustawy Pzp poprzez ustalenie w Rozdziale XIX ust. 1 lit. B pkt 2 SWZ kryterium oceny ofert w zakresie doświadczenia Eksperta akustyki budowlanej (DAB) w sposób nieproporcjonalny i nieadekwatny do przedmiotu zamówienia, uniemożliwiający realną konkurencję w ramach postępowania, a w konsekwencji w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji;
5. art. 239 ust. 1 w zw. z art. 240 ust. 2 w zw. z art. 16 pkt 1 - 3 ustawy Pzp poprzez ustalenie w Rozdziale XIX ust. lit. C SWZ kryterium oceny ofert odnośnie Metodologii realizacji robót budowlanych w sposób nieprzejrzysty, uniemożliwiający realną konkurencję w ramach postępowania, a w konsekwencji w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji;
6. art. 8 ust. 1 i 16 pkt 1 ustawy Pzp, art. 436 pkt 3 i art. 433 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 353¹ i 5 kc poprzez określenie w § 18 ust. 1 - 4; ust. 14 i ust. 19 Umowy poszczególnych kar umownych oraz limitu kar umownych w sposób sprzeczny z zasadą proporcjonalności i wymaganiami określonymi w szczegółowych przepisach ustawy Pzp oraz w sposób sprzeczny z podstawowymi zasadami prawa zobowiązań, tj. zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego i zasadami współżycia społecznego, co w konsekwencji prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji.

Zarzucając powyższe, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: wprowadzenia zmian w treści SWZ (oraz odpowiednio we właściwych postanowieniach Ogłoszenia o zamówieniu) w sposób określony w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

Izba ustaliła, że zamawiający w dniu 12 grudnia 2022 r. poinformował wykonawców o możliwości zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego. W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosili swoje przystąpienie wykonawcy: NDI S.A. z siedzibą w Sopocie, HOCHTIEF Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, PORR S.A. z siedzibą w Warszawie,

Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie. Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie zamawiającego wykonawca: Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie.

Odwołujący 21 grudnia 2022 r. złożył do akt sprawy pismo procesowe oświadczając, że cofa wniesione odwołanie w całości. Przedmiotowe pismo zostało złożone w formie pisemnej i podpisane przez osobę upoważnioną do reprezentowania odwołującego.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), nakazując dokonanie na rzecz odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu, w wysokości stanowiącej 90% jego wartości.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....