

Sygn. akt: KIO 345/21

POSTANOWENIE
z dnia 19 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Anna Wojciechowska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w Warszawie w dniu 19 lutego 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lutego 2021 r. przez **wykonawcę EKSA sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Wielospecjalistyczny Szpital SPZOZ z siedzibą w Nowej Soli**

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze;**
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawcy EKSA sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi** kwoty 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2019 r., poz. 2019 ze zmianami) 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:.....

Sygn. akt KIO 345/21

Uzasadnienie

Zamawiający – Wielospecjalistyczny Szpital SPZOZ z siedzibą w Nowej Soli - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *pn.: Przebudowa kotłowni węglowej na kotłownię gazową w ramach zadania pn. „Modernizacja Kotłowni Wielospecjalistycznego Szpitala Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Nowej Soli”*. Numer sprawy: DZP – 280 – 60/2020. Postępowanie zostało ogłoszone w Biuletynie Zamówień Publicznych (ogłoszenie z dnia 14 grudnia 2020 r. za numerem 766277-N-2020).

W dniu 1 lutego 2021 r. odwołanie wniósł wykonawca EKSA sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi – dalej Odwołujący. Odwołanie zostało wniesione wobec postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie Projektu umowy (zał. nr 8 do SIWZ) w brzmieniu po zmianie treści SIWZ z dnia 25 stycznia 2021 r. oraz wobec SIWZ w brzmieniu po zmianie treści SIWZ z dnia 27 stycznia 2021 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 647 Kodeksu Cywilnego zwanym dalej „KC”, art. 654 KC, art. 630 KC, art. 353 (1) KC i art. 58 § 3 KC, art. 5 KC w związku z art. 7 ust. 1 ustawy pzp, art. 14 ust. 1 ustawy pzp, art. 29 ust. 1-3 ustawy pzp, art. 31 ust. 1 ustawy pzp, art. 36 ust. 1 pkt 16, art. 139 ust. 1 ustawy pzp, poprzez ukształtowanie warunków SIWZ oraz umowy o zamówienie publiczne w sposób sprzeczny z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współzycia społecznego, przepisami kodeksu cywilnego, a tym samym w sposób naruszający naczelną zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, polegające na: zobowiązaniu wykonawcy do wykonania w ramach wynagrodzenia usług i robót nie objętych dokumentacją przetargową, czyli wykonania usług i robót pozostających poza opisem przedmiotu zamówienia, objętych niezidentyfikowanym ryzykiem, co stanowi naruszenie zasady proporcjonalności, przejrzystości, równomiernego rozłożenia ryzyka, uczciwego kontraktowania i słuszności kontraktowej oraz naruszenie zasady jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia; wględnie
2. art. 29 ust. 1 i 2 w związku z art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy pzp, poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania ze względu na brak wyczerpującego i jednoznacznego opisanie przedmiotu zamówienia, co doprowadzi do złożenia nieporównywalnych cenowo ofert z przyczyn niezawinionych przez Wykonawców, przez co postępowanie dotknięte jest niemożliwą do usunięcia wadą.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o:

1) przywrócenie zapisów **POSTANOWIENI UMOWY** Projektu umowy lit. A-H w brzmieniu z dnia 14 grudnia 2020 r. (usunięcie wprowadzonej lit. I) tj. dzień publikacji ogłoszenia o zamówieniu lub wprowadzenie w § 6 Projektu umowy obowiązku zapłaty wynagrodzenia za wprowadzony, dodatkowy zakres zamówienia – nowa lit. I **POSTANOWIENI UMOWY**.

2) przywrócenie zapisów rodz. XVII ust. 4 lit. a-k SIWZ w brzmieniu z dnia 14 grudnia 2020 r. (usunięcie wprowadzonej lit. l) tj. dzień publikacji ogłoszenia o zamówieniu lub wprowadzenie w § 6 Projektu umowy obowiązku zapłaty wynagrodzenia za wprowadzony, dodatkowy zakres przedmiotu zamówienia – rodz. XVII ust. 4 lit. l SIWZ po zmianie.

w przypadku niemożliwości wprowadzenia w/w zapisów:

- 3) unieważnienie postępowania jako dotkniętego niemożliwą do usunięcia wadą.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, wyznaczony do rozpoznania niniejszej sprawy odwoławczej ustalił i zważył, co następuje:

W związku z brzmieniem art. 90 ust. 1 Przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Uwzględniając okoliczność, iż postępowanie wszczęte zostało w dniu 14 grudnia 2020 r., ilekroć w treści uzasadnienia mowa o przepisach materialnych ustawy pzp należy przez to rozumieć ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

Jednocześnie, z uwagi na treść art. 92 ust. 2 Przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1, Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła, iż Zamawiający przekazał kopię odwołania innym wykonawcom w dniu 3 lutego 2021 r. W terminie wynikającym z art. 525 ust. 1 ustawy pzp do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

W dniu 11 lutego 2021 r. oraz w dniu 18 lutego 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględni odwołanie w zakresie zarzutu 1 i 2 oraz wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego. Mając na względzie, że zarzut 3 został postawiony w przypadku nieuwzględnienia zarzutu 1 i 2, należało uznać, że Zamawiający uwzględnił wniesione odwołanie w całości. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że pisma uwzględniające odwołanie zostały złożone prawidłowo i podpisane przez osobę umocowaną, w konsekwencji czego uznała, że odwołanie zostało skutecznie uwzględnione przed otwarciem rozprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż zachodzą podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 522 ust. 1 ustawy pzp, zgodnie z którym w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, 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. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Taka sytuacja zaistniała w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym. Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty odwołania, natomiast po jego stronie nie przystąpił do postępowania odwoławczego żaden wykonawca, co wyczerpuje dyspozycję ww. przepisu i obliuguje Izbę do umorzenia postępowania odwoławczego. Powyższe powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych oraz § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.), nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Mając na uwadze powyższe postanowiono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....