Sygn. akt: KIO 415/23

POSTANOWIENIE
z 27 lutego 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Ernest Klauziński

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w 27 lutego 2023 roku
w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej13 lutego 2023 r. przez wykonawcę: Korporacja Budowlana Doraco sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Pomorski Uniwersytet Medyczny
w Szczecinie działającego w imieniu własnym oraz w imieniu i na rzecz Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego Nr 1 Pomorskiego Uniwersytetu Medycznego w Szczecinie im. prof. Tadeusza Sokołowskiego z siedzibą w Szczecinie, przy udziale wykonawców:

1.PORR S.A. z siedzibą w Warszawie,
2.Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie,
3.Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

postanawia:

1.Umarza postępowanie odwoławcze.
2.Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego Korporacja Budowlana Doraco sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku kwoty 20 000,00 złotych (dwadzieścia tysięcy złotych 00/100) uiszczonej tytułem wpisu
od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych
(t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej
do Sądu Okręgowego w Warszawie.

.....

Sygn. akt KIO 415/23

U Z A S A D N I E N I E

Pomorski Uniwersytet Medyczny w Szczecinie działającego w imieniu własnym oraz
w imieniu i na rzecz Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego Nr 1 Pomorskiego Uniwersytetu Medycznego w Szczecinie im. prof. Tadeusza Sokołowskiego z siedzibą
w Szczecinie (dalej: Zamawiający) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie pn. „Budowa budynku kliniczno-dydaktyczno-badawczego Pomorskiego Uniwersytetu Medycznego w Szczecinie wraz z infrastrukturą techniczną
i zagospodarowaniem terenu przy ul. Unii Lubelskiej w Szczecinie”, nr referencyjny
DZP-240/3/PN/202, (dalej: Postępowanie). Postępowanie jest prowadzone zgodnie
z przepisami Ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710) zwanej dalej w skrócie Pzp.
Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 3 lutego 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 025-071614.
Izba ustaliła, że 13 lutego 2023 r. wykonawca Korporacja Budowlana Doraco sp. z o.o.
z siedzibą w Gdańsku (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie i zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1)art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 oraz art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 oraz pkt 3 Pzp poprzez określenie w warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, wskazujący na możliwość spełnienia warunków udziału przez nieuzasadnienie wąski krąg

wykonawców, podczas, gdy warunki realizacji zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia wynikającym z ogłoszenia spełnia więcej wykonawców, a w konsekwencji w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w zakresie w jakim Zamawiający żąda wykazania, aby doświadczenie osoby skierowanej do pełnienia funkcji Projektanta Głównego dotyczyło m.in.: budowy, przebudowy lub rozbudowy budynku (lub zespołu takich budynków projektowanych w ramach jednego zadania)

z pomieszczeniami laboratorium o powierzchni użytkowej tych pomieszczeń minimum 500 (pięćset) m^2;

2)art. 117 ust. 1 i ust. 4 w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp poprzez określenie szczególnego sposobu spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o wykonanie zamówienia w sposób nieuzasadniony i nieproporcjonalny w odniesieniu do wymogu osobistego wykonania zamówienia w zakresie zdolności, które są wymagane

do wykonania poszczególnych robót. Powyższe powoduje nierówne i niezgodne

z zasadami uczciwej konkurencji traktowanie wykonawców wspólnie ubiegających

się o udzielenie zamówienia, w zakresie w jakim brak jest ograniczeń do zatrudniania podwykonawców dla poszczególnych zakresów, także wchodzących w skład specyficznych doświadczeń opisanych w warunkach udziału (doświadczenia referencyjne), a ograniczenia do wykonywania robót składających się na takie doświadczenia referencyjne obejmują wyłącznie poszczególnych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (dotyczy Roz. VIII pkt 6 i 9 SWZ);

3)art. 99 ust. 1 Pzp oraz art. 16 pkt 1-3 Pzp w zw. z art. art. 441 Pzp i dalej art. 353^1 k.c., art. 5 k.c. oraz art. 58 § 2 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp przez wyznaczenie nieproporcjonalnie długiego terminu na skorzystanie z prawa opcji przez Zamawiającego, tj. przez określenie terminu, w którym Zamawiający może skorzystać z prawa opcji aż na - najpóźniej na 15 (piętnaście) miesięcy przed upływem terminu realizacji przedmiotu zamówienia, co uniemożliwia racjonalną ocenę i wycenę zadania, (rozdz. IV ust. 20, 21SWZ; pkt II.2.11) ust. 2 pkt 1 ogłoszenia) i powoduje, że Wykonawca ponosi nieuzasadnione ryzyko braku pokrycia wydatków poniesionych na konieczne zamówienia materiałów i urządzeń w braku gwarancji

ich zwrotu przez zamawiającego, który planuje w przypadku skorzystania z opcji zmniejszenie wynagrodzenia na podstawie kosztorysu pominiętych robót,

bez uwzględnienia ewentualnego zaangażowania finansowego wykonawcy w ich realizację;

4)art. 439 ust. 1-2 Pzp przez określenie w § 42 wzoru umowy zasad waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy, które naruszają wymóg waloryzacji wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów, podczas

gdy przewidziana przez zamawiającego metoda waloryzacji dotyczy zwiększenia

się wskaźnika wzrostu cen produkcji budowlano-montażowej w stosunku do wielkości tego wskaźnika dla miesiąca zawarcia umowy. W konsekwencji to nie wzrost cen

lub kosztów spowoduje uruchomienie procedury waloryzacyjnej a wzrost inflacji

w zakresie cen produkcji budowlano-montażowej. Ukształtowanie projektowanych postanowień umowy prowadzi do sytuacji, że mimo wzrostu cen i kosztów wykonywania zamówienia wynagrodzenie wykonawcy może zostać obniżone z tego powodu, że mechanizm zmiany wynagrodzenia wbrew art. 439 ust. 1 nie odnosi

się do wzrostu cen lub kosztów tylko do wzrostu wskaźnika inflacji w zakresie cen produkcji budowlano montażowej. Innymi słowy zmniejszenie się wskaźnika

inflacji w kolejnych miesiącach po zawarciu umowy spowoduje obniżenie wynagrodzenia wykonawcy co również narusza zasadę ekwiwalentności świadczeń, a w konsekwencji wszystkie te postanowienia naruszają uczciwą konkurencję

i uniemożliwiają racjonalną wycenę oferty, jednocześnie powodując, że Zamawiający nie spełnił wymagań art. 439 Pzp zawarcia w umowie postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy

na wypadek zmiany cen lub kosztów związanych z realizacją zamówienia;

5)art. 99 ust. 1 Pzp, art. 16 pkt 1-3 Pzp oraz art. 17 ust. 1 Pzp poprzez wprowadzenie limitu 3% zmian wartości liczbowych dla określenia równoważności rozwiązań proponowanych przez wykonawców podczas gdy dla zamówienia realizowanego

w formule zaprojektuj i wybuduj jakikolwiek limit ilościowy takich zmian jest niemożliwy do przewidzenia i nie realizuje jakiegokolwiek słusznego interesu zamawiającego. (dotyczy SWZ rozdział IV pkt. 15).

23 lutego 2023 roku Zamawiający, w odpowiedzi na odwołanie, oświadczył, że uwzględnił

je w zakresie zarzutu nr 3 i 4.

27 lutego 2023 r. Odwołujący w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron złożył oświadczenie o wycofaniu odwołania w zakresie zarzutów nieuwzględnionych przez Zamawiającego.

Wobec powyższego Izba uznała, że ziściły się przesłanki określone w art. 522 ust. 3 Pzp zgodnie z którym 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.
W konsekwencji Izba umorzyła postępowanie o czym, zgodnie z art. 553 Pzp, orzekła postanowieniem.

.....