

POSTANOWENIE

z dnia 29 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestnika postępowania odwoławczego **29 marca 2023 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **20 marca 2023 r.**

przez wykonawcę: **ERBUD S.A z siedzibą w Warszawie** [„Odwołujący”]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Budowa kompleksu basenów w Przemyślu* (nr ZP.271.3.2023)

prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Przemyśl**

przy udziale wykonawcy: **KARPAT-BUD sp. z o.o. z siedzibą w Głogowie Małopolskim**-zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

postanawia:

1.Umarza postępowanie odwoławcze.

2.Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego kwoty 20000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez niego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. 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**.

Uzasadnienie

Gmina Przemyśl{dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.){dalej: „ustawa pzp” lub „ppz”) w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. *Budowa kompleksu basenów w Przemyślu* (nr ZP.271.3.2023).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 10 marca 2023 r. zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2023/S_050 pod poz. 144630.

Wartość tego zamówienia jest większa niż progi unijne.

20 marca 2023 r. ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie{dalej: „Odwołujący”} wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu {dalej: „ogłoszenie”) oraz postanowień specyfikacji warunków zamówienia {dalej: „SWZ”) w zakresie objętym zarzutami.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {jeżeli poniżej nie wskazano oznaczeń innych aktów prawnych):

- 1.W odniesieniu do ukształtowania w treści ogłoszenia [sekcja III. 1.3), pkt 1.2) lit. b)] i SWZ warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej w zakresie doświadczenia [sekcja XXIX pkt 4) ppkt b) tiret drugie – art. 112 ust. 1, ust. 2 pkt 4 i art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1-3 [ewentualnie art. 112 ust. 1, ust. 2 pkt 4 i art. 116 ust. 1], polegające na ustaleniu warunku udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny i nadmierny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a także przygotowaniu i prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i proporcjonalności w zakresie wymagania, aby wykonawca zrealizował nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie w szczególności co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie basenu w zakresie wykonania niecki basenowej z ruchomym dnem o powierzchni ruchomej minimum 100 m².
- 2.W odniesieniu do ukształtowania w treści ogłoszenia i SWZ specyfikacji kryteriów i sposobu oceny ofert doświadczenia projektanta posiadającego uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności architektonicznej [sekcja pkt 6. ppkt 1] – art. 241 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1-3, polegające na opisanu kryteriów oceny ofert w sposób nadmierny i niezwiązany z przedmiotem zamówienia, przygotowaniu i prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i proporcjonalności w zakresie ustalenia, że: 1) okres referencyjny punktowany w ramach oceny ofert doświadczenia projektanta posiadającego uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności architektonicznej wynosi 5 lat przed upływem terminu składania ofert, 2) obiekty pozwalające uzyskać punkty w ramach kryterium oceny ofert dot. doświadczenia projektanta posiadającego uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności architektonicznej (tj. podlegające

ocenie i punktacji w ramach kryteriów oceny ofert) muszą posiadać basen o niecce ze stali nierdzewnej z *ruchomym dnem*.

3.W odniesieniu do ukształtowania w treści ogłoszenia i SWZ kryteriów i sposobu oceny ofert doświadczenia projektanta posiadającego uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności instalacyjnej (sanitarnej) [sekcja XXXVII pkt 6 ppkt 2)] – art. 241 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1-3, polegające na opisanu kryteriów oceny ofert w sposób nadmierny i niezwiązany z przedmiotem zamówienia, przygotowanie i prowadzenie postępowania o udzielnie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i proporcjonalności w zakresie ustalenia, że: 1) okres referencyjny punktowanego w ramach oceny ofert doświadczenia projektanta posiadającego uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności instalacyjnej (sanitarnej) wynosi *5 lat przed upływem terminu składania ofert*; 2) obiekty pozwalające uzyskać punkty w ramach kryterium oceny ofert dot. doświadczenia projektanta posiadającego uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności instalacyjnej (sanitarnej) (tj. podlegające ocenie i punktacji w ramach kryteriów oceny ofert) muszą posiadać basen o niecce ze stali nierdzewnej z *ruchomym dnem*.

4.W odniesieniu do ukształtowania w treści ogłoszenia i SWZ doświadczenia kierownika budowy posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności konstrukcyjno-budowlanej [sekcja XXXVII pkt 6. ppkt 3)] – art. 241 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1-3, polegające na opisanu kryteriów oceny ofert w sposób nadmierny i niezwiązany z przedmiotem zamówienia, przygotowanie i prowadzenie postępowania o udzielnie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i proporcjonalności w zakresie ustalenia, że: 1) okres referencyjny punktowanego w ramach oceny ofert doświadczenia kierownika budowy posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności konstrukcyjno-budowlanej wynosi *5 lat przed upływem terminu składania ofert*; 2) obiekty pozwalające uzyskać punkty w ramach kryterium oceny ofert dot. doświadczenia kierownika budowy posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności konstrukcyjno-budowlanej (tj. podlegające ocenie i punktacji w ramach kryteriów oceny ofert) muszą posiadać basen o niecce ze stali nierdzewnej z *ruchomym dnem*.

5.Art. 353¹ Kodeksu cywilnego {dalej: „kc”} w zw. z art. 8 ust. 1 (ewentualnie naruszenie art. 353¹ kc), a także art. 439 ust. 1 i 2 – przez wskazanie w § 21 ust. 1 pkt 5) Projektowanych Postanowieniach Umowy (załącznik nr 2 do SWZ) {dalej: „PPU”}: *Zamawiający przewiduje możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 3, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia o co najmniej 15% w stosunku do poziomu cen tych samych materiałów lub kosztów w dniu składania ofert – jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez Wykonawcę.*

6.Art. 353¹ kc w zw. z art. 8 ust. 1 (ewentualnie naruszenie art. 353¹ kc), a także art. 439 ust. 1 i 2 – przez wskazanie w § 21 ust. 2 pkt 4) PPU: *Zmiany, o których mowa w ust. 1 będą wprowadzane według następujących zasad: w sytuacji wzrostu ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia powyżej 15% Wykonawca jest uprawniony złożyć Zamawiającemu pisemny wniosek o zmianę Umowy w zakresie płatności wynikających z faktur wystawionych po zmianie ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją. Wniosek powinien zawierać wyczerpujące uzasadnienie faktyczne i wskazanie podstaw prawnych oraz dokładne wyliczenie kwoty wynagrodzenia Wykonawcy po zmianie Umowy.*

7.Art. 353¹ kc w zw. z art. 8 ust. 1 (ewentualnie naruszenie art. 353¹ kc), a także art. 439 ust. 1 i 2 – przez wskazanie w § 21 ust. 5 PPU: *Maksymalna wartość poszczególnej zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia, o których mowa w ust. 1 pkt 5 to 5% wynagrodzenia za zakres Przedmiotu umowy niezrealizowany jeszcze przez Wykonawcę i nieodebrany przez Zamawiającego przed dniem złożenia wniosku, a łączna maksymalna wartość wszystkich zmian wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia, o których mowa w ust 1 pkt 5 to 2% wynagrodzenia umownego brutto, o którym mowa w § 3.*

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących zmian brzmienia wskazanych powyżej postanowień ogłoszenia lub SWZ:

Ad 1.

...co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie basenu w zakresie wykonania niecki basenowej z ruchomym dnem...

Ad 2.

...doświadczenie projektanta posiadającego uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności architektonicznej. Ilość opracowanych w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, dokumentacji projektowych obiektu krytej pływalni o powierzchni użytkowej minimum 3200 m² z basenem o niecce ze stali nierdzewnej:

a) 2 dokumentacje – 0 pkt,

- b) 3 dokumentacje – 5 pkt,
c) 4 dokumentacje lub więcej – 10 pkt;
Ad 3.

...doświadczenie projektanta posiadającego uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności instalacyjnej (sanitarnej). Ilość opracowanych w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, dokumentacji projektowych obiektu krytej pływalni o powierzchni użytkowej minimum 3200 m², z basenem o niecce ze stali nierdzewnej:

- a) 2 dokumentacje – 0 pkt,
b) 3 dokumentacje – 5 pkt,
c) 4 dokumentacje lub więcej – 10 pkt;
Ad 4.

...doświadczenie kierownika budowy posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności konstrukcyjno-budowlanej. Ilość pełnionych funkcji kierownika budowy w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, na budowie obiektu krytej pływalni o powierzchni użytkowej minimum 3200 m², z basenem o niecce ze stali nierdzewnej:

- a) kierowanie 1 budową – 0 pkt,
b) kierowanie 2 budowami – 5 pkt,
c) kierowanie 3 budowami i więcej – 10 pkt ;
Ad 5.

...zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia o co najmniej 2,5 % w stosunku do poziomu cen tych samych materiałów lub kosztów w dniu składania ofert...

Ad 6.

...w sytuacji wzrostu ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia powyżej 2,5% Wykonawca jest uprawniony złożyć Zamawiającemu pisemny wniosek o zmianę Umowy w zakresie płatności wynikających z faktur wystawionych po zmianie ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją. Wniosek powinien zawierać wyczerpujące uzasadnienie faktyczne i wskazanie podstaw prawnych oraz dokładne wyliczenie kwoty wynagrodzenia Wykonawcy po zmianie Umowy.

Ad 7.

Maksymalna wartość poszczególnej zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia, o których mowa w ust. 1 pkt 5 to 20% wynagrodzenia za zakres Przedmiotu umowy niezrealizowany jeszcze przez Wykonawcę i nieodebrany przez Zamawiającego przed dniem złożenia wniosku, a łączna maksymalna wartość wszystkich zmian wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia, o których mowa w ust. 1 pkt 5 to 20% wynagrodzenia umownego brutto, o którym mowa w § 3.

28 marca 2023 r. wpłynęła do Izby odpowiedź na powyższe odwołanie, w której Zamawiający oświadczył, że uwzględni w całości powyższe odwołanie, a ponadto poinformował, że dokonał zmian ogłoszenia, SWZ i PPU zgodnie z żądaniami tego odwołania.

Do postępowania odwoławczego w tej sprawie nie zgłoszono żadnego przystąpienia po stronie Zamawiającego.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 522 ust. 1 pzp 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.

Ponieważ zaistniała sytuacja opisana w hipotezie przywołanego przepisu, Izba zobligowana jest do umorzenia postępowania odwoławczego w tej sprawie bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania.

Z tych względów – działając na podstawie art. 568 pkt 3 ustawy pzp – Izba umorzyła postępowanie odwoławcze.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do treści art. 575 ustawy pzp w zw. z § 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. poz. 2437), nakazując zwrot Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.