Sygn. akt: KIO 1401/23

POSTANOWIENIE

z dnia 29 maja 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

po rozpoznaniu w dniu 29 maja 2023 roku w Warszawie, na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 maja 2023 roku przez wykonawcę **ERBUD INTERNATIONAL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Jasionce** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **1) Skarb Państwa – Izba Administracji Skarbowej w Rzeszowie, 2) OPGK Rzeszów Spółka akcyjna w Rzeszowie, 3) Totalizator Sportowy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**

postanawia

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,

2. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego na rzecz wykonawcy **ERBUD INTERNATIONAL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Jasionce** kwoty **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej równowartość uiszczonego 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 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:……..……

Sygn. akt KIO 1401/23

Uzasadnienie

Zamawiający – 1) Skarb Państwa – Izba Administracji Skarbowej w Rzeszowie, 2) OPGK Rzeszów Spółka akcyjna w Rzeszowie, 3) Totalizator Sportowy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie – działając na podstawie przepisów ustawy dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm. – ustawa P.z.p.), prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest przebudowa XV piętrowego budynku posadowionego przy ul. Geodetów 1 w Rzeszowie na działce oznaczonej nr ewidencyjnym 1762 obręb 208 Nowe Miasto.

W 18 maja 2023 roku wykonawca ERBUD INTERNATIONAL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Jasionce (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności zamawiającego we wskazanym powyżej postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tj. od:

1) czynności ukształtowania w treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia (sekcja III.1.3) i w treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w pkt 6.2.1 SWZ;

2) czynności ukształtowania w treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia i w treści SWZ warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w odniesieniu do osoby wskazanej do pełnienia funkcji kierownika budowy (pkt 6.2.2.2 SWZ);

3) czynności ukształtowania w treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia i w treści SWZ warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w odniesieniu do osoby wskazanej do pełnienia funkcji kierownika robót sanitarnych (pkt 6.2.2.3 SWZ);

4) czynności ukształtowania konkretnych postanowień zawartych w Projektowanych Postanowieniach Umowy (Załącznik nr 3 do SWZ).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

1) zmiany warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wskazanego w ogłoszeniu wszczynającym postępowanie o udzielenie zamówienia (sekcja III.1.3. Ogłoszenia) i w pkt 6.2.1 SWZ w ten sposób, że pkt 6.2.1 SWZ (i odpowiednio Ogłoszenie o zamówieniu) otrzyma nową następującą treść:

„Zamawiający uzna warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia technicznego za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże się doświadczeniem, polegającym na wykonaniu w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, co najmniej jednej umowy dotyczącej robót budowlanych wraz z wykonaniem instalacji sanitarnych i elektrycznych (budowa lub przebudowa lub rozbudowa lub nadbudowa) w budynku użyteczności publicznej prowadzonych na czynnym obiekcie, o minimum 9 kondygnacjach naziemnych i wartości robót budowlanych nie mniejszej niż 7 000 000 PLN brutto. Przez wartość robót budowlanych rozumie się, wysokość wynagrodzenia otrzymanego przez generalnego wykonawcę robót budowlanych od inwestora z tytułu ich wykonania. Zamawiający wymaga również, aby zakres robót w ramach umowy dotyczył co najmniej robót ogólnobudowlanych, sanitarnych i elektrycznych.";

2) zmiany warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w odniesieniu do osoby wskazanej do pełnienia funkcji kierownika budowy (pkt 6.2.2.2 SWZ), w ten sposób, że pkt 6.2.2.2 SWZ otrzyma następującą treść: „kierownik budowy - osoba posiadająca uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjnobudowlanej bez ograniczeń, posiadająca minimum pięcioletnie doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika budowy ww. specjalności, z zastrzeżeniem, że w okresie ostatnich 5 lat pełniła funkcję kierownika budowy na jednej ukończonej inwestycji budowlanej obejmującej swoim zakresem roboty budowlane dotyczące budowy lub przebudowy lub rozbudowy lub nadbudowy i dotyczące co najmniej robót ogólnobudowlanych, konstrukcyjnych oraz instalacyjnych w budynku użyteczności publicznej prowadzonych na czynnym obiekcie o minimum 9 kondygnacjach nadziemnych o wartości nie mniejszej niż 7 000 000 PLN brutto"

3) zmiany warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w odniesieniu do osoby wskazanej do pełnienia funkcji kierownika robót sanitarnych (pkt 6.2.2.3 SWZ), w ten sposób, że pkt 6.2.2.3 SWZ otrzyma następującą treść: „kierownik robót sanitarnych – osoba posiadająca uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń, posiadająca minimum pięcioletnie doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika budowy lub robót ww. specjalności, z zastrzeżeniem, że w ciągu ostatnich 5 lat pełniła funkcję kierownika budowy lub kierownika robót ww. specjalności, w robotach instalacyjnych prowadzonych w co najmniej 1 budynku użyteczności publicznej prowadzonych na czynnym obiekcie o powierzchni całkowitej nie mniejszej niż 5 000 m^2";

4) zmiany Projektowanych Postanowieniach Umowy (Załącznik nr 3 do SWZ) w ten sposób, że:

a) wskazana w § 13 ust. 2 pkt 7) Projektowanych postanowień umowy (Załącznik nr 3 do SWZ) kara umowna za każdy przypadek nieprzedłożenia do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, którego przedmiotem są roboty budowlane lub jej zmiany, wynosić będzie 5 000,00 (pięć tysięcy) zł za każdy przypadek;

b) wskazana w § 13 ust. 2 pkt 8) Projektowanych postanowień umowy (Załącznik nr 3 do SWZ) kara umowna za każdy przypadek nieprzedłożenia poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany, wynosić będzie 5 000,00 (pięć tysięcy) zł za każdy przypadek; c) § 16 ust. 8 Projektowanych Postanowień Umowy otrzyma nową następującą treść, tj. „Sumaryczna wartość zmiany wynagrodzenia Wykonawcy, wynikająca z zasad waloryzacji, o których mowa w ust. 2 i ust. 7, nie może przekroczyć 20% wynagrodzenia brutto określonego pierwotnie w § 2 ust. 2."

Do postępowania odwoławczego zarówno po stronie zamawiającego, jak i odwołującego, nie przystąpił żaden wykonawca.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 26 maja 2023 roku, zamawiający wniósł o:

- umorzenie postępowania w części dotyczącej czynności ukształtowania konkretnych postanowień zawartych w Projektowanych Postanowieniach Umowy (pkt 4 odwołania) z uwagi na dokonanie w dniu 23 maja 2023 r. modyfikacji kwestionowanych przez odwołującego zapisów SWZ (tj. projektu umowy stanowiącego załącznik nr 3) a w pozostałym zakresie oddalenie odwołania w całości.
- obciążenie kosztami postępowania odwoławczego odwołującego,
- zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

Zamawiający wskazał, że z związku z argumentami odwołującego zawartymi w pkt. 4 odwołania, w całości uwzględnił zarzuty, o których mowa w pkt 4 lit. a odwołania, w części dotyczącej:
- § 13 ust. 2 pkt 7,
- § 13 ust. 2 pkt 8
projektowanych postanowień umowy.
Jednocześnie, z uwagi na powyższe, w dniu 23 maja 2023 r. dokonał modyfikacji SWZ zmieniając ww. zapisy projektowanych postanowień umowy zgodnie z propozycją odwołującego. Wobec powyższego, na podstawie przepisów ustawy P.z.p. zamawiający wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego w części dotyczącej zarzutów ukształtowania projektowanych postanowień umowy w § 13 ust. 2 pkt 7 i pkt 8.

Jednocześnie zamawiający oświadczył, że uwzględnia również argumenty odwołania, w zakresie w jakim odnoszą się do postanowień dotyczących klauzuli waloryzacyjnej, o której mowa § 16 ust. 8 projektowanych postanowień umowy z zastrzeżeniem jednak, iż nie uwzględnia żądania propozycji zmiany wyżej wymienionego zapisu w takim zakresie, w jakim proponuje to odwołujący. Uwzględniając argumenty odwołującego zamawiający dokonał modyfikacji SWZ poprzez zmianę treści § 16 ust. 8 projektowanych postanowień umowy w następujący sposób:
„8. Sumaryczna wartość zmiany wynagrodzenia Wykonawcy, wynikająca z zasad waloryzacji,
o których mowa w ust. 2 i ust. 7, nie może przekroczyć 10 % wynagrodzenia brutto określonego pierwotnie w § 2 ust. 2".

Zamawiający stwierdził, że zmodyfikował projektowane postanowienia umowy w zakresie możliwości zmiany sumarycznej wartości wynagrodzenia wykonawcy poprzez odniesienie się do klauzul waloryzacyjnych, o których mowa w § 16 ust. 2 i 7, wynikających art. 439 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p. oraz określił limit zmiany wynagrodzenia z 5% na 10%. Mając to na uwadze również w tym zakresie zamawiający wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego w części dotyczącej zarzutów ukształtowania projektowanych postanowień umowy w § 16 ust.8.

Odnosząc się zaś do zarzutów sformułowanych w pkt 1-3 odwołania dotyczących niezgodnego z przepisami ukształtowania treści Specyfikacji Warunków Zamówienia w zakresie warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznych lub zawodowych, o których mowa w pkt 6.2.1., 6.2.2.2 oraz 6.2.2.3 SWZ, zamawiający wskazał, że są zupełnie bezzasadne i nie znajdują uzasadnienia w odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w tym zakresie.

Odwołujący w piśmie procesowym z dnia 26 maja 2023 roku oświadczył, że cofa odwołanie w zakresie nieuwzględnionym przez zamawiającego i wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego.

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 ……..