

sygn. akt: KIO 1705/23

**POSTANOWENIE**  
z dnia 26 czerwca 2023 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** w składzie:

**Przewodniczący:** M.T.

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Warszawie w dniu 26 czerwca 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 czerwca 2023 r. przez wykonawcę **Dekpol Budownictwo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Pinczynie** w postępowaniu prowadzonym przez **Teatr Muzyczny w Poznaniu**

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Dekpol Budownictwo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Pinczynie** kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 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 1705/23

**Uzasadnienie**

I. Zamawiający – Teatr Muzyczny w Poznaniu – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm., dalej: Prawo zamówień publicznych albo PZP) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Budowa nowej siedziby Teatru Muzycznego w Poznaniu” Numer referencyjny: TM.ZP/252-02/2023 (tak w Ogłoszeniu o zamówieniu; w SWZ: Oznaczenie sprawy TM.ZP/252-03/2023).

W tymże postępowaniu, w dniu 12 czerwca 2023 r., Odwołujący – Dekpol Budownictwo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Pinczynie – złożył odwołanie, w którym kwestionował postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (dalej: SWZ albo specyfikacja).

W odwołaniu Odwołujący zarzucał Zamawiający naruszenie:

I. art. 16 pkt 1 i 3 PZP w zw. z art. 117 i art. 118 ust. 1 PZP przez nieproporcjonalne i niemające obiektywnego uzasadnienia w charakterze zamówienia oraz dyskryminujące wykonawców zastrzeżenie w rozdziale 7 ust. 1 lit. d pkt 1 in fine SWZ (s. 14), dotyczące sposobu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, że „W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz w przypadku korzystania z podmiotów udostępniających zasoby:

- warunki, o których mowa w ppkt 1–4 zostaną spełnione, jeżeli jeden z wykonawców lub podmiotów udostępniających zasoby spełni warunek samodzielnie;
- warunek, o którym mowa w ppkt 5, zostanie spełniony, jeżeli spełni go samodzielnie jeden z wykonawców lub podmiotów udostępniających zasoby;

- Zamawiający dopuszcza, aby jeden wykonawca lub podmiot udostępniający zasoby, wykazał się spełnieniem warunków opisanych w ppkt. 1-4 powyżej, a drugi wykonawca lub podmiot udostępniający zasoby wykazał się usługą, o której mowa w ppkt. 5 powyżej”:

- co narusza podstawowe zasady udzielania zamówień, tj. zasadę proporcjonalności oraz uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

II. art. 117 ust. 1 w zw. z art. 58 ust. 1 i 5 PZP przez określenie w rozdziale 7 ust. 1 lit. d pkt 1 in fine tiret 1 SWZ (s. 14) szczególnego, nieuzasadnionego obiektywnie, sposobu spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, w sytuacji kiedy nie jest to uzasadnione charakterem zamówienia i nie jest proporcjonalne, a w konsekwencji uniemożliwienie wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia polegania na zdolnościach poszczególnych wykonawców i wspólnego złożenia oferty, co bezzasadnie eliminuje z udziału w Postępowaniu wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia;

III. art. 118 ust. 1 PZP przez nieznajdujące uzasadnienia w przedmiocie zamówienia ograniczenie prawa wykonawców do polegania na zdolnościach technicznych lub zawodowych podmiotów udostępniających zasoby, polegające na określeniu w rozdziale 7 ust. 1 lit. d pkt 1 in fine tiret 1 SWZ (s. 14), by warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w ppkt 1-4, spełniał jeden z podmiotów udostępniających zasoby samodzielnie;

IV. art. 112 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4, art. 116 ust. 1 i art. 16 pkt 1 i 3 PZP poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej i zawodowej w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz nadmierny dla oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a w konsekwencji naruszający zasady udzielania zamówień publicznych, tj. zasadę proporcjonalności i równego traktowania wykonawców.

V. art. 112 ust. 1 PZP w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4, art. 116 ust. 1 i art. 16 PZP poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy, dotyczących osób kierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, nadmierny i nieadekwatny do przedmiotu zamówienia i realiów rynkowych, co w konsekwencji prowadzi także do braku zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także uniemożliwia ocenę rzeczywistych zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia;

VI. art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 99 ust. 1 i art. 433 pkt 3 PZP oraz art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 5 i 3531 KC przez wprowadzenie do wzoru umowy postanowień naruszających bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy, a przejawiających się przerzuceniem na wykonawców wszelkich ryzyk związanych z nieprawidłowym i niejednoznacznym opisem przedmiotu zamówienia, zobowiązujących do uwzględnienia w cenie ofertowej wszelkich kosztów związanych z realizacją inwestycji, nawet nie mających oparcia w udostępnionym opisie przedmiotu zamówienia na dzień złożenia oferty, oraz do weryfikacji udostępnionej przez Zamawiającego dokumentacji przetargowej.

W konsekwencji tak postawionych zarzutów, Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

I. W zakresie zarzutów I-IV odwołania (dot. doświadczenia wykonawcy)

1) usunięcia kwestionowanych w zarzutach I-III odwołania postanowień SWZ (rozdział 7 ust. 1 lit. d pkt 1 in fine SWZ, cyt. w zarzucie I odwołania) i tym samym umożliwienie wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia łącznego wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej oraz korzystania przez wykonawców z zasobów podmiotów trzecich,

2) usunięcie warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale 7 ust. 1 lit. d pkt 1 ppkt 3, s. 13 SWZ, ewentualnie – na wypadek nieuwzględnienia ww. żądań, określonych w pkt. 1 i 2 – Odwołujący wnosi o:

3) zmianę postanowień SWZ, określonych w 7 ust. 1 lit. d pkt 1 in fine SWZ, na następujące:

„W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz

w przypadku korzystania z podmiotów udostępniających zasoby:

- warunki, o których mowa w ppkt 1 i 4 zostaną spełnione, jeżeli jeden z wykonawców lub podmiotów udostępniających zasoby spełni warunek samodzielnie;

- każdy z warunków, o których mowa w ppkt 2, 3 i 5, zostanie spełniony, jeżeli spełni go samodzielnie którykolwiek z wykonawców lub z podmiotów udostępniających zasoby”.

II. W zakresie zarzutu V odwołania (dot. kadry wykonawcy)

1) zmianę opisu warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale 7 ust. 1 lit. d) pkt 2 ppkt 7 SWZ poprzez wykreślenie wymogu posiadania uprawnień budowlanych do projektowania przez osobą kierowaną do wykonywania funkcji Projektanta oświetlenia scenicznego, tj.: zmianę brzmienia opisu tego warunku na następujący:

„(...) dysponuje min. 1 osobą, która będzie brała udział w realizacji zamówienia, jako Projektant oświetlenia scenicznego (technologicznego), posiadającą uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności sieci, instalacji i urządzeń

elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń, posiadająca co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe (liczone od dnia otrzymania uprawnień) w projektowaniu dla tej specjalności, która w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu do składania ofert, wykonała co najmniej 2 projekty wykonawcze oświetlenia technologicznego (scenicznego) dla budowy lub przebudowy obiektów użyteczności publicznej z widownią na minimum 300 miejsc siedzących”.

2) zmianę opisu warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale 7 ust. 1 lit. d) pkt 2 ppkt 8 SWZ (i odpowiednich zapisów w ogłoszeniu o zamówieniu), poprzez modyfikację wymogu posiadania wykształcenia wyższego i zmianę zapisu „w specjalności mechanika” na „kierunek mechanika lub automatyki i robotyka”, tj.: zmianę brzmienia opisu tego warunku na następujący:

„(...) dysponuje min. 1 osobą, która będzie brała udział w realizacji zamówienia jako Projektant mechaniki sceny, która posiada wykształcenie wyższe techniczne w specjalności kierunek mechanika lub automatyki i robotyki oraz minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe (liczone od daty ukończenia studiów wyższych) w projektowaniu dla tej specjalności, która w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu do składania ofert, wykonała co najmniej 2 projekty mechaniki scenicznej dla budowy lub przebudowy obiektów użyteczności publicznej z widownią na minimum 300 miejsc siedzących, w których znajduje się przynajmniej 1 urządzenie mechaniki scenicznej górnej i 1 urządzenie mechaniki dolnej.”

3) zmianę opisu warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale 7 ust. 1 lit. d) pkt 2 ppkt 10 SWZ (i odpowiednich zapisów w ogłoszeniu o zamówieniu), poprzez modyfikację wymogu posiadania wykształcenia wyższego i rozszerzenie dopuszczonych nazw specjalności/kierunków, tj. dopuszczenie posiadania „wyższego wykształcenia technicznego na kierunku lub w specjalności akustyka lub wibroakustyka lub inżynieria dźwięku lub realizacja dźwięku”, tj.: zmianę brzmienia opisu tego warunku na następujący:

„(...) dysponuje min. 1 osobą, która będzie brała udział w realizacji zamówienia, jako Projektant elektroakustyki, posiadającą wyższe wykształcenie techniczne na kierunku lub w specjalności akustyka lub wibroakustyka lub inżynieria dźwięku lub realizacja dźwięku oraz minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe (liczone od daty ukończenia studiów wyższych) w projektowaniu dla tej specjalności, która w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu do składania ofert, wykonała minimum 2 projekty wykonawcze systemu elektroakustycznego wykorzystującego cyfrową sieć foniczną oraz systemu inspicjenta dla budowy lub przebudowy obiektów użyteczności publicznej z widownią na minimum 300 miejsc siedzących każda.”

4) zmianę opisu warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale 7 ust. 1 lit. d) pkt 3 ppkt 10 SWZ (i odpowiednich zapisów w ogłoszeniu o zamówieniu), poprzez modyfikację wymogu posiadania wykształcenia wyższego i rozszerzenie dopuszczonych nazw specjalności/kierunków, tj. dopuszczenie posiadania „wyższego wykształcenia technicznego na kierunku lub w specjalności akustyka lub wibroakustyka lub inżynieria dźwięku lub realizacja dźwięku”, tj.: zmianę brzmienia opisu tego warunku na następujący:

„(...) dysponuje min. 1 osobą, która będzie brała udział w realizacji zamówienia, jako Kierownik prac elektroakustyki, posiadającą wyższe wykształcenie techniczne na kierunku lub w specjalności akustyka lub wibroakustyka lub inżynieria dźwięku lub realizacja dźwięku oraz minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe (liczone od daty ukończenia studiów wyższych) w kierowaniu pracami związanymi z inżynierią dźwięku, która w ciągu ostatnich 10 lat kierowała pracami dotyczącymi systemu elektroakustycznego wykorzystującego cyfrową sieć foniczną oraz systemu inspicjenta, w tym w ramach realizacji co najmniej 2 robót budowlanych dla obiektów użyteczności publicznej z widownią dla każdej realizacji na minimum 300 miejsc siedzących.”

III. W zakresie zarzutu VI odwołania (dot. wzoru umowy)

1) usunięcie zdania 1 z § 3 ust. 6 wzoru umowy o treści: Ryzyko kompletności i prawidłowości kalkulacji Wynagrodzenia za wykonanie całego Przedmiotu Umowy ponosi Wykonawca, który jednocześnie oświadcza, że uzyskał wszelkie niezbędne informacje do wyceny i wykonania Przedmiotu Umowy, ewentualnie jego przeformułowanie w taki sposób, aby wykonawcy przysługiwało należne wynagrodzenie za wykonane Przedmiotu Umowy oraz aby nie był on obciążony ryzykiem związanym z niewłaściwym/ niepełnym opisem przedmiotu zamówienia,

2) zmianę brzmienia § 3 ust. 7 wzoru umowy na następujące:

„Uznaje się, że w celu dokładnego zrozumienia zakresu Prac Projektowych i Robót i ustalenia wystarczalności Wynagrodzenia, Wykonawca przed złożeniem Oferty dogłębnie przestudiował i przeanalizował wszystkie dokumenty składające się na Umowę, a w przypadku wystąpienia wątpliwości w interpretacji zapisów dokumentacji przetargowej bądź stwierdzenia błędów lub innych wad w tych dokumentach zwrócił się do Zamawiającego o ich wyjaśnienie, o ile Wykonawca jako profesjonalista mógł przewidzieć je (wątpliwości interpretacyjne) na etapie składania oferty”.

Na wypadek, gdyby Izba uznała, iż nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień poprzez nadanie im konkretnego brzmienia lub ich usunięcie nie było możliwe, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu zmiany

zaskarżonych postanowień SWZ i wzoru umowy (projektowanych postanowień umowy) poprzez doprowadzenie ich do zgodności z przepisami prawa oraz z uwzględnieniem podniesionych w odwołaniu zarzutów i argumentacji.

W dniu 22 czerwca 2023 r. Zamawiający złożył do akt postępowania „Pismo Zamawiającego w sprawie odwołania Dekpol Budownictwo Sp. z o.o.” (pismo z dnia 21 czerwca 2023 r.). W piśmie tym poinformował, że jego zdaniem zaszcza podstawa do umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie artykułu 568 pkt. 2 Prawa zamówień publicznych, ponieważ Zamawiający w dniu 21 czerwca 2023 r. dokonał zmiany treści specyfikacji w zakresie warunków udziału w postępowaniu i postanowień projektu umowy, które zaskarżył Odwołujący w odwołaniu. Do pisma Zamawiający załączył zmianę treści specyfikacji dnia 21 czerwca 2023 r.

W dniu 23 czerwca 2023 r. Odwołujący złożył „Wniosek o umorzenie postępowania”, w którym potwierdził stanowisko Zamawiającego, wyrażone w przywołanym wyżej piśmie. Z wniosku wynika, że zdaniem Odwołującego Zamawiający całkowicie wykonał żądania odwołania poprzez zmianę treści SWZ. Dlatego również i Odwołujący wnosil o umorzenie postępowania odwoławczego z uwagi na jego zbędność.

II. Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego Izba stwierdziła, że zachodzi przesłanka umorzenia postępowania na podstawie art. 568 pkt 2 Prawa zamówień publicznych. Zgodnie z przywołanym przepisem, Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. W przedmiotowej sprawie Izba uznała, że postępowanie odwoławcze stało się zbędne, ponieważ obie strony – i Zamawiający, i Odwołujący przyjęli stanowisko, że zmiana treści specyfikacji z dnia 21 czerwca 2023 r. usunęła naruszenia, podnoszone przez Odwołującego w odwołaniu.

Należy zauważyć, że przesłankę umorzenia postępowania z art. 568 pkt 2 Prawa zamówień publicznych Izba może badać z urzędu. W ocenie składu orzekającego jednak trudno automatycznie przyjmować, że każda dokonana przez zamawiającego zmiana postanowień specyfikacji skarżonych w odwołaniu powoduje, że postępowanie odwoławcze stało się zbędne. W przedmiotowej sprawie, z uwagi na wielość zarzutów odnoszących się do postanowień specyfikacji i wzoru umowy oraz szereg zmian specyfikacji, korelacja pomiędzy dokonanymi zmianami, a zarzutami podniesionymi w odwołaniu wcale nie była oczywista. Powstaje pytanie, jak daleko Izba miałaby się posuwać w samodzielnym (bez udziału stron) badaniu, czy postępowanie stało się zbędne i czy nie prowadziłoby to do naruszenia kontryktoryjności postępowania odwoławczego.

Dlatego w sytuacji, w której sam Zamawiający informuje, że „w zakresie dot. zarzutów Odwołującego, po przeprowadzeniu analizy treści zarzutów, dokonał modyfikacji lub doprecyzowania treści SWZ i Wzoru umowy w miejscach budzących wątpliwości i obawy Odwołującego zgodnie z żądaniem Odwołującego (lub jego intencją), a nawet wprowadził zapis mniej restrykcyjne, niż oczekiwał sam Odwołujący” (pismo Zamawiającego z dnia 21 czerwca 2023 r., strona 2), a równocześnie nie oświadcza, że uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, Izba nie mogła mieć pewności, że postępowanie „stało się z innej przyczyny zbędne”.

W konsekwencji nie można było w niniejszej sprawie, jedynie na podstawie oświadczenia Zamawiającego, bez znajomości stanowiska Odwołującego, zaakceptować subiektywnego przekonania Zamawiającego o konieczności umorzenia postępowania ze względu na jego zbędność. Jednak Odwołujący w piśmie złożonym do akt sprawy potwierdził, że zmiany specyfikacji dokonane przez Zamawiającego go satysfakcjonują, i że również uważa, że postępowanie odwoławcze stało się zbędne. W ocenie Izby, taki stan faktyczny wyczerpuje przesłankę do umorzenia postępowania na podstawie art. 568 ust. 2 Prawa zamówień publicznych.

Należy również zauważyć, że w niniejszym postępowaniu pismo Zamawiającego z dnia 21 czerwca 2023 r. okazało się de facto tożsame w skutkach z uwzględnieniem zarzutów odwołania w całości. Jednak trzeba podkreślić, że nie można domniemywać z samej treści pisma, że Zamawiający złożył oświadczenie w rozumieniu art. 522 ust. 1 zd. pierwsze Prawa zamówień publicznych o uwzględnieniu zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości. Oświadczenie o uwzględnieniu odwołania w całości jest formalnym stanowiskiem procesowym i musi być sformułowane w sposób nie budzący żadnych wątpliwości (nie podlega badaniu przez Izbę). Dlatego nie było podstaw do umorzenia postępowania na podstawie art. 522 ust. 3 Prawa zamówień publicznych.

W tym stanie rzeczy Izba, wydała postanowienie, w którym umorzyła postępowanie odwoławcze na podstawie art. 568 pkt 2 Prawa zamówień publicznych.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 Prawa zamówień publicznych w zw. z § 9 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczony tytułem wpisu.

**Przewodniczący:**.....