

**POSTANOWIENIE**

Warszawa, dnia 31 stycznia 2025 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodniczący: Mateusz Paczkowski

na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 31 stycznia 2024 r. w Warszawie w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 stycznia 2025 r. przez wykonawcę BDTS sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Politechnika Krakowska im. Tadeusza Kościuszki z siedzibą w Krakowie

**postanawia:**

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 10 000 zł 00 gr (dziesięć tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy BDTS sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt:KIO 149/25

**Uzasadnienie**

Politechnika Krakowska im. Tadeusza Kościuszki z siedzibą w Krakowie (dalej: „Zamawiający”), prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm. dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym pn.: „Przebudowa budynku oraz rozbudowa instalacji okablowania budynek WIL W-1(10-20) ul. Warszawska 24 Kraków” (znak postępowania: KA-2/082/2024). Wartość szacunkowa zamówienia jest poniżej progów unijnych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 4 listopada 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00576716/01.

W dniu 15 stycznia 2025 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu w zakresie części nr 2: „Rozbudowa instalacji okablowania strukturalnego i zasilania gniazd 230DATA, budynek Wydziału Inżynierii Lądowej W-1 (10-20) w Krakowie przy ul. Warszawskiej 24” złożył wykonawca BDTS sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej: „Odwołujący”).

Odwołanie złożono od czynności podjętych oraz czynności zaniechanych przez Zamawiającego, wobec których Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp poprzez poprawienie przez Zamawiającego jako tzw. innej omyłki oferty wykonawcy Brotherm sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej: „Brotherm”) w ten sposób, że w kosztorysie ofertowym kabel oznaczony jako N2XH – J B2ca 3x2.5 zamienił na zupełnie inny rodzaj kabla, tj. kabel NHXMH pomimo tego, że sytuacja ta nie spełnia przesłanek do poprawienia jej w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp;
2. art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Brotherm pomimo tego, iż oferta Brotherm jest niezgodna z warunkami zamówienia z tego względu, że Zamawiający oczekiwał realizacji zamówienia z wykorzystaniem kabla NHXMH, a Brotherm w swojej ofercie zaoferował realizację zamówienia z wykorzystaniem innego rodzaju kabla, tj. kabla N2XH – J B2ca 3x2.5, w związku z czym oferta Brotherm powinna być odrzucona;
3. art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Brotherm pomimo tego, iż oferta Brotherm jest niezgodna z warunkami zamówienia z tego względu, że choć Zamawiający formułując warunki zamówienia zastrzegł wynagrodzenie o charakterze kosztorysowym oraz w związku z tym żądał od wykonawców, aby sporządzona oferta zawierała kosztorys ofertowy dla danego zadania ze stawką robocizny, narzutami (ko, zysk), podstawami nakładów, ilościami i cenami jednostkowymi robót – wersja uproszczona, to Brotherm takiego kosztorysu do oferty nie załączył, gdyż kosztorys załączony przez niego do oferty nie zawiera stawki robocizny oraz narzutów (ko, zysk), w związku z czym oferta Brotherm powinna być odrzucona;
4. art. 226 ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Brotherm, w sytuacji gdy choć Zamawiający powziął wątpliwości co do zgodności pozycji kosztorysowych 1.1.6, 1.1.12, 1.1.13, 1.1.14, 1.1.15, 1.1.16, 1.1.17, 1.1.19, 1.1.20, 1.1.21, 1.1.22, 1.1.35 oraz 1.1.36 z warunkami zamówienia i wezwał o wyjaśnienie treści oferty, a Brotherm pomimo wezwania do złożenia wyjaśnień nie przedstawił konkretnych i jednoznacznych wyjaśnień, które rozwiązałyby te wątpliwości i potwierdziły, że we wskazanych pozycjach jego oferta jest zgodna z warunkami zamówienia oferty tejsze nie odrzucił jako niezgodnej z warunkami zamówienia;
5. art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Brotherm do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, tj. dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania

doświadczenia, względnie dokumentów potwierdzających dysponowanie potencjałem podmiotu trzeciego, z tego względu, że jest ono wewnątrznie sprzeczne, gdyż:

a. z jednej strony z zobowiązania podmiotu trzeciego, tj. Podwykonawcy wynika, że choć w zakresie warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej Brotherm w całości oparł się na potencjale Podwykonawcy to Podwykonawca ten wskazał, że tylko część robót zrealizuje jako podwykonawca. W związku z czym Brotherm nie wykazał, aby podmiot trzeci zobowiązał się do wykonania robót budowlanych w zakresie, w którym te zdolności są wymagane;

b. z drugiej zaś strony, gdyby przyjąć, że z zobowiązania Podwykonawcy wynika, że zrealizuje zamówienie w całości jako Podwykonawca to doszłoby do powierzenia Podwykonawcy robót de facto w całości, a tym samym naruszenia art. 462 ust. 1 oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, w związku z czym doszłoby do naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3) i 4) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Brotherm pomimo że jest ona niezgodna z przepisami ustawy, tj. z art. 462 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, bowiem wykonawca ten zadeklarował wolę powierzenia Podwykonawcy, na którego zasobach polega, realizacji przebudowy budynku oraz rozbudowa instalacji okablowania budynek WIL W-1(10-20) ul. Warszawska 24 Kraków w zakresie części nr 2 zamówienia, która w istocie wyczerpuje całość przedmiotu zamówienia, podczas gdy powierzenie realizacji całości zamówienia podwykonawcy jest na mocy przywołanego art. 462 ust. 1 ustawy Pzp niedopuszczalne, a nadto zgodnie z art. 17 ust 2 ustawy Pzp zamówienie może być udzielone wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, zaś dopuszczenie do realizacji zamówienia w całości przez podwykonawcę jest sprzeczne z ww. zasadą lub co najmniej prowadzi do jej obejścia – co na mocy art. 58 § 1 k.c., stosowanym na mocy odesłania z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, prowadzi również do nieważności oferty, względnie, na wypadek nieuwzględnienia ww. zarzutu;

6. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru Brotherm i zaniechanie wyboru oferty Odwołującego w sytuacji, gdy to oferta Odwołującego, a nie Brotherm jest ofertą najkorzystniejsza biorąc pod uwagę przyjęte przez Zamawiającego kryteria oceny ofert.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części nr 2 zamówienia;
2. nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny ofert, z uwzględnieniem, iż błędy w ofercie Brotherm nie mogą zostać poprawione w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jako inne omyłki;
3. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Brotherm;
4. nakazanie Zamawiającemu wyboru oferty Odwołującego w zakresie części nr 2 zamówienia jako oferty najkorzystniejszej.
5. w przypadku uznania, że oferta Brotherm nie podlega odrzuceniu nakazanie Zamawiającemu wezwanie o udzielenie wyjaśnień co do oświadczenia Podwykonawcy w taki sposób, aby wskazywały one precyzyjny sposób udostępnienia doświadczenia i dokładny zakres udziału podmiotu udostępniającego zasoby podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, tj. jaki dokładnie zakres zamówienia (jaką część zamówienia, w jakiej proporcji i w zakresie jakich czynności) Podwykonawca wykona.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy Pzp. Informację stanowiącą podstawę dla wniesienia odwołania Odwołujący uzyskał w dniu 10 stycznia 2024 r. (zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty). W związku z powyższym odwołanie wniesione w dniu 15 stycznia 2025 r. należy uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie.

Wpis od odwołania w kwocie 10 000,00 złotych (dziesięć tysięcy złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

Izba ustaliła, że do upływu 3-dniowego terminu z art. 525 ust. 1 ustawy Pzp do postępowania odwoławczego w tej sprawie nie zgłoszono żadnego przystąpienia.

Zamawiający pismem z dnia 28 stycznia 2025 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu i wobec braku zgłoszonych przystąpień wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 522 ust. 1 ustawy Pzp.

#### **W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:**

Zgodnie z art. 522 ust. 1 ustawy 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.

Z uwagi, że 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.

Wobec faktu, że uwzględnienie zarzutów przez Zamawiającego nastąpiło przed otwarciem rozprawy, o kosztach postępowania orzeczono na podstawie §9 ust. 1 pkt 2a) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (t.j. Dz.U. 2020 z dnia 31 grudnia 2020 roku, poz. 2437), nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący: .....