Sygn. akt: KIO 2213/23

POSTANOWIENIE
z dnia 9 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Agata Mikołajczyk

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 8 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczejw dniu 28 lipca 2023 r. przez odwołującego: G.J. prowadzący działalność gospodarczą: **Firma Budowlana DOLMAR J.G. z/s w Golubiu Dobrzyniu**(ul. Goździkowa 10, Ruziec, 87400 Golub Dobrzyń) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Brześć Kujawski** (pl. Władysława Łokietka 1, 87880 Brześć Kujawski),

postanawia:

1.Umarza postępowanie odwoławcze;

2.Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: G.J. prowadzący działalność gospodarczą: **Firma Budowlana DOLMAR J.G. z/s w Golubiu Dobrzyniu** (ul. Goździkowa 10, Ruziec, 87400 Golub Dobrzyń)kwoty **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej kwotę wpisu uiszczonego przez odwołującego od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 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.**

……..……..

Sygn. akt: KIO 2213/23

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 28 lipca 2023 r. przez odwołującego: G.J. prowadzący działalność gospodarczą: Firma Budowlana DOLMAR J.G. z/s w Golubiu Dobrzyniu(Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Gmina Brześć Kujawski n a podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022r. poz. 1710 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP],w przedmiocie zamówienia publicznego na: Budowę amfiteatru wraz z budynkiem administracyjnosocjalnym oraz niezbędną infrastrukturą techniczną". Numer referencyjny: BI.II.271.26.2023.KO. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP z dnia 26/06 2023 nr 2023/BZP 00274938.

Odwołujący podał: (...)

III.Podnoszę następujące zarzuty wobec czynności i zaniechań Zamawiającego oraz jednocześnie wskazuję, iż odwołanie jest wnoszone od niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego (wyboru oferty Konsorcjum jako oferty najkorzystniejszej) i od zaniechania czynności, do których Zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy pzp (zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, zaniechanie wykluczenia Konsorcjum z postępowania, zaniechanie zbadania i wyjaśnienia przez Zamawiającego referencji oraz załącznika nr 6 , złożonych przez Konsorcjum):

1)art. 226 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 116 pzp, w zw z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 pzp, w zw. z art. 239 ust. 1 pzp, co narusza także art. 17 ust. 1 i 2 pzp w zw. z art. 16 ust. 1 i 2 pzp, w sytuacji, gdy Konsorcjum nie wykazało spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, i Konsorcjum powinno podlegać wykluczeniu z Postępowania, bo przedłożone przez Konsorcjum referencje od S.W., dotyczące zadania inwestycyjnego określonego jako „Budowa budynku biurowego wraz z parkingiem służącym wykonywaniu zadań publicznych realizowanych przez Powiat W." oraz załącznik nr 6 w zakresie powołania się na to zdanie inwestycyjne (celem wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu przetargowym zawartego w pkt 7.2. ppkt 2 - wykazanie wykonania co najmniej dwóch robót konstrukcyjno - budowlanych o wartości minimum 2 milionów zł brutto każda) nie wykazują spełniania przez Konsorcjum (KABO + FIDEM) tego warunku udziału w niniejszym postępowaniu, bo:

-referencje te zostały wystawione łącznie na inne konsorcjum (KABO + TARBUD + ZHU K.S.), w skład którego wchodził KABO,

- referencje te nie określały jaki zakres prac i jaką wartość prac wykonywało w ramach tego zdania KABO,i czy zakres prac KABO jako członka tamtego konsorcjum dotyczył wykonywania robót konstrukcyjno – budowlanych o wartości minimum 2 milionów zł brutto,

- załącznik nr 6 – nie wykazuje że wskazane w odniesieniu do tego zadania prace KABO miały charakter prac konstrukcyjno – budowlanych (podczas gdy dla robót SWZ w pkt 7.2. ppkt 2 wymagał by były to prace konstrukcyjno – budowlane), oraz wobec budzącej wątpliwości wysokości wskazanego tam wynagrodzenia za prace KABO,co miało wpływ na wynik postępowania, bo wobec powyższego wskazana referencja nie stanowi potwierdzenia spełnienia

warunku udziału w postępowaniu przez Konsorcjum (KABO + FIDEM) w zakresie warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 7.2. ppkt 2 postępowania przetargowego,

2) ewentualnie: art. 128 ust. 1 lub ust. 4 lub ust. 5 pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego dokonania czynności z art. 128 ust. 1 lub ust. 4 lub ust. 5 pzp, w celu wyjaśnienia wątpliwości lub uzupełnienia lub poprawienia:

- co do przedłożonych przez Konsorcjum (KABO + FIDEM) referencji od S.W., dotyczących zadania inwestycyjnego określonego jako „Budowa budynku biurowego wraz z parkingiem służącym wykonywaniu zadań publicznych realizowanych przez Powiat W.", wystawionych łącznie na inne konsorcjum (KABO + TARBUD + ZHU K.S.), w skład którego wchodziło KABO,w sytuacji gdy referencje są niekompletne oraz nie potwierdziły spełniania przez Konsorcjum (KABO + FIDEM) w niniejszym postępowaniu warunku udziału w postępowaniu, zawartego w pkt 7.2. ppkt 2 SWZ (wykazanie wykonania co najmniej dwóch robót konstrukcyjno - budowlanych o wartości minimum 2 milionów zł brutto każda), bo wskazane referencje nie określały jaki zakres prac i jaką wartość prac wykonywało w ramach tego zdania KABO,i czy zakres prac KABO jako członka tamtego konsorcjum dotyczył wykonywania robót konstrukcyjno – budowlanych o wartości minimum 2 milionów zł brutto.

- co do załącznika nr 6 (wykazu robót) – wobec budzącej wątpliwości wysokości wskazanego tam wynagrodzenia za prace KABO oraz wskazania w kolumnie dotyczącej wymogów specjalnych sformułowania „nie dotyczy", podczas gdy dla robót SWZ w pkt 7.2. ppkt 2 wymagał by były to prace konstrukcyjno – budowlane, zatem nie jest wiadome czy prace wskazane dla tego wykonawcy były pracami konstrukcyjno - budowalnymi.

Wpływ naruszenia przez Zamawiającego przepisów pzp na wynik Postępowania:

Naruszenie zarzucanych powyżej przepisów pzp będzie miało bezpośredni wpływ na wynik Postępowania, bowiem doprowadzi do udzielenia zamówienia w sposób niezgodny z przepisami pzp, w szczególności wykonawcy, którego oferta powinna zostać odrzucona, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania:

IV. Wobec powyższego wnoszę o uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie Zamawiającemu:

a) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty Konsorcjum,

b) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem:

- ewentualnie

- nakazanie Zamawiającemu czynności wskazanych art. 128 ust. 1 pzp lub art. 128 ust. 4 pzp lub art. 128 ust. 5 pzp - odnośnie złożonych przez Konsorcjum w postępowaniu referencji oraz załącznika nr 6 (wykazu robót), wobec niewykazania przez Konsorcjum poprzez treść tych referencji od S.W. i załącznika nr 6 (wykazu robót) spełnienia warunku udziału w postępowaniu w postaci zdolności technicznej lub zawodowej (pkt 7.2 ppkt 2 SWZ, wykazania co najmniej dwóch robót konstrukcyjno – budowlanych o wartości minimum 2 mln zł każda),

- odrzucenia oferty Konsorcjum,

- wykluczenia Konsorcjum z postępowania,

c) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

(...)

V. Jednocześnie wnoszę o:

a) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów:

– z dokumentacji postępowania przetargowego,

– przeprowadzenie dowodu z dokumentów załączonych do niniejszego odwołania, na okoliczności wskazane w treści tych dokumentów i wskazane w treści uzasadnienia niniejszego odwołania,

b) o zasądzenie kosztów postępowania zgodnie normami przepisanymi, w tym kosztów zastępstwa procesowego, w przypadku jego ustanowienia.

VI. Wykazanie interesu prawnego do wniesienia odwołania

Jednocześnie wskazuję, że mam interes prawny do wniesienia odwołania oraz uzyskania przedmiotowego zamówienia i jestem zainteresowany jego udzieleniem. Posiadam interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 505 ust. 1 pzp i mogę ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy prawa zamówień publicznych. Jestem zainteresowany udzieleniem zamówienia i złożyłem ofertę w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Ze względu na nieprawidłowe czynności podjęte lub zaniechania przez Zamawiającego, mogę stracić szansę na uzyskanie zamówienia, a w konsekwencji ponieść szkodę. W wyniku uwzględnienia odwołania Zamawiający będzie zobowiązany do ponownej oceny ofert i w konsekwencji oferta Dolmar będzie mogła zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą. Dolmar złożył w ramach postępowania ważną, niepodlegającą odrzuceniu ofertę, która powinna zostać wybrana ofertą najkorzystniejszą. W czynności Zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty, przekazanej w

dniu 25 lipca 2023 r., kwestionowanej w niniejszym odwołaniu, oferta Dolmar została wskazana jako druga w kolejności co do punktacji. Jednakże oferta Konsorcjum powinna zostać odrzucona, a ponadto są również podstawy do wykluczenia Konsorcjum z niniejszego postępowania. Kwestionuję w niniejszym odwołaniu czynności Zamawiającego określające wybór oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej oraz w szczególności brak odrzucenia oferty Konsorcjum oraz brak wykluczenia Konsorcjum z postępowania przez Zamawiającego. W przypadku uwzględnienia odwołania, wówczas to oferta Dolmar będzie najkorzystniejsza i to oferta Dolmar zostanie ofertą najkorzystniejszą oraz w takim przypadku będzie możliwe podpisanie z Zamawiającym umowy na realizację zadania określonego w przedmiotowym postępowaniu przetargowym z Odwołującym – G.J., prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą Firma Budowlana Dolmar J.G.. Odwołujący ma zatem realną szansę na uzyskanie omawianego zamówienia. W przypadku pozostawienia czynności i zaniechań Zamawiającego bez zaskarżenia odwołaniem – Dolmar poniósłby szkodę w postaci nieuzyskania omawianego zamówienia publicznego, co skutkowałoby pozbawieniem go przychodów, referencji oraz zysku zakładanego w ofercie i wynika z naruszeń (zaniechań i czynności Zamawiającego) przepisów udzielania zamówień publicznych, wynikających z prawa zamówień publicznych. Poza tym w interesie wszystkich wykonawców jest aby zamówienia publiczne były udzielane zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami oraz z poszanowaniem w szczególności zasady uczciwej konkurencji oraz innych zasad obowiązujących w ramach udzielania zamówień publicznych, które to zasady udzielania zamówień naruszył Zamawiający w ramach omawianego postępowania przetargowego.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie zgłosił przystąpienia żaden z wykonawców. Termin na takie zgłoszenie uwzględniając podaną przez zamawiającego informację w pkt 4 pisma z dnia 31/07/23 („*Ad 4) Kopia odwołania została przekazana wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w dniu 31-07-2023 r. drogą elektroniczną przez stronę prowadzonego postępowania platforma https://e-propublico.pl/ (w załączeniu potwierdzenie przesłania zawiadomienia o wniesieniu odwołania)* upłynął w dniu 3/08/23.

Odwołujący złożył dnia 4/08/23 pismo procesowe z wnioskiem „*o umorzenie postępowania odwoławczego wobec uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania z dnia 28 lipca 2023 r. w całości oraz nieprzystąpienia do postępowania odwoławczego żadnego Wykonawcy*". Podał: „*Działając w imieniu własnym (powołując się na wydruk z CEIDG znajdujący się w aktach postępowania odwoławczego), na podstawie art.522 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (...) oraz par. 9 ust. 1 pkt 2 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 (...), jako Odwołujący (..), wnoszę o umorzenie postępowania odwoławczego, wszczętego na podstawie odwołania Dolmar z dnia 28 lipca 2023 r., od niezgodnych z przepisami ustawy pzp czynności i zaniechań Zamawiającego – Gminy Brześć Kujawski, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym „Budowa amfiteatru wraz z budynkiem administracyjno – socjalnym oraz niezbędną infrastrukturą techniczną", wobec:*
1.uwzględnienia w całości przez Zamawiającego – Gminę Brześć Kujawski zarzutów przedstawionych w odwołaniu Dolmar z dnia 28 lipca 2023 r., oraz
2.nieprzystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez żadnego wykonawcy w terminie.
Ponadto wnoszę o zwrot wpłaconego w dniu 28 lipca 2023 r. wpisu od tego odwołania w wysokości 10 000 zł na mój numer mój rachunku bankowego (....)."
W uzasadnieniu stanowiska podał: (...) *Dolmar złożył w dniu 28 lipca 2023 r. odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy pzp czynności i zaniechań Zamawiającego – Gminy Brześć Kujawski, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym „Budowa amfiteatru wraz z budynkiem administracyjno – socjalnym oraz niezbędną infrastrukturą techniczną". Zamawiający w dniu 31 lipca 2023 r. przesłał kopie odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz wezwał ich do przystąpienia do postępowania odwoławczego. Termin na przystąpienie do postępowania odwoławczego minął innym wykonawcom w dniu 3 sierpnia 2023 r. Żaden wykonawca nie przystąpił do postępowania odwoławczego. Zamawiający zawiadomił Dolmar w dniu 2 sierpnia 2023 r., że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty Dolmar, przedstawione w odwołaniu z dnia 28 lipca 2023 r. Wobec powyższego Dolmar wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego oraz zwrot uiszczonej od odwołania kwoty wpisu od odwołania w wysokości 10 000 zł. Załączniki do niniejszego pisma: 1.zawiadomienie o uwzględnieniu przez Zamawiającego odwołania z dnia 28 lipca 2023 r. w całości, 2. potwierdzenie uiszczenia wpisu od odwołania (rachunek z którego była dokonywana zapłata wpisu jest jednocześnie rachunkiem, na który powinien nastąpić zwrot kwoty wpisu wobec umorzenia postępowania*)".

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w piśmie z dnia 8/08/23 podał w szczególności: (...) *Zamawiający uwzględnia w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu*." W uzasadnieniu stanowiska podał: „*W dniu 28-07-2023 r. wpłynęło do Zamawiającego odwołanie złożone przez Firmę Budowlaną DOLMAR J.G. ul. Goździkowa 10, Ruziec, 87-400 Golub Dobrzyń, wobec czynności i zaniechań Zamawiającego dotyczących wyboru oferty Konsorcjum (KA-BO BORKOWSKI Spółka Komandytowa – lider konsorcjum ul. Płocka 28 B, 87-800 Włocławek FIDEM BUDOWNICTWO*

J.T. – partner konsorcjum ul. Licealna 2/16, 87-610 Dobrzyń nad Wisłą) jako oferty najkorzystniejszej. Zgodnie z art. 524 ustawy Pzp pismem z dnia 31-07-2023 r. Zamawiający przekazał kopię odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz wezwał ich do przystąpienia do postępowania odwoławczego. W terminie wyznaczonym przez ustawodawcę żaden z wykonawców nie przystąpił do postępowania odwoławczego. Zamawiający dokonał analizy treści złożonego odwołania i zgodnie z art. 522 ust. 1 ustawy Pzp uwzględnił wniesione odwołanie w całości. Tym samym w dniu 02-08-2023 r. unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty dokonaną w dniu 25-07-2023 r., zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, jednocześnie poinformował wykonawców, że dokona powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu oraz wyboru najkorzystniejszej oferty w terminach przewidzianych w ustawie.

Wobec powyższego zdaniem Zamawiającego przedmiotowe postępowanie odwoławcze może zostać umorzone przez Krajową Izbę Odwoławczą na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron".

Izba zważyła, co następuje:

Działając na podstawie art. 522 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron postępowania odwoławczego. W niniejszej sprawie dla wydania rozstrzygnięcia kluczowe znaczenie miało złożone przez Zamawiającego w piśmie z dnia 8 sierpnia br oświadczenie na podstawie wskazanego przepisu o uwzględnieniu w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Zgodnie ze wskazanym 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.*"

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza wzięła pod uwagę okoliczność, iż uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia i rozprawy, zatem koszty te znoszą się wzajemnie stosownie do § 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. z 2020 r., poz. 2437). W takim przypadku Izba orzeka również o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu w pełnej wysokości.

Mając powyższe na uwadze postanowiono jak w sentencji.

……