Sygn. akt KIO 2335/23 POSTANOWIENIE

z dnia 24 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Andrzej Niwicki

Protokolant:Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na posiedzeniu i rozprawie w dniu 23 sierpnia 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 sierpnia 2023 r. przez wykonawcę **SELL-BUD INWEST S.C. T. M. Ł. Ł. i S. K., ul. W. Witosa 65, 25-561 Kielce**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gmina Olesno, ul. Pieloka 21, 46-300 Olesno**

przy udziale:

A. wykonawcy **CZĘSTOBUD Sp. z o.o., al. Bohaterów Monte Cassino 40, 42-200 Częstochowa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

B. wykonawcy **HAUSBUD Sp. z o.o., ul. Tuwima 6, 42-700 Lubliniec** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze;

2. nakazuje Urzędowi Zamówień Publicznych dokonanie zwrotu kwoty **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy wykonawcę **SELL-BUD INWEST S.C. T. M. Ł. Ł. i S. K.** poniesionej z tytułu wpisu od odwołania.

3. Znosi wzajemnie koszty zastępstwa prawnego.

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 2023 r. poz. 1605) 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 2335/23

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Olesno prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Termomodernizacja Publicznej Szkoły Podstawowej nr 2 w Oleśnie, nr postępowania: 271.27.2023, Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych (BZP) nr 2023/BZP 00272297/01 z dnia 2023-06-22 zmiana BZP nr 2023/BZP 00294166/01 z dnia 2023-07-06

Odwołujący: SELL-BUD INWEST S.C. T. M. Ł. Ł. i S. K., Kielce, wniósł dnia 7 sierpnia 2023 r. odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, podjętych w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

1) art. 74 ust. 1 i 2 w zw. z art. 18 ust. 1 Pzp, przez zaniechanie niezwłocznego udostepnienia oferty wykonawcy Hausbud na dwukrotnie składany przez Odwołującego wniosek i nieudostępnienie załączników do oferty tego wykonawcy w postaci wykazu robót budowlanych wraz z referencjami należytego ich wykonania, jako dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postepowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia, w konsekwencji naruszenia zasady jawności postępowania,

2) art. 226 ust. 1 pkt 2a Pzp w związku z art. 7 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 roku o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (Dz. U. z 2023 r., poz. 129 ze zm.), poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Hausbud, podlegającego wykluczeniu z postepowania, ponieważ do wykonania przedmiotu zamówienia wskazał papę (BOERNER Papa), której producentem jest firma wpisana Decyzją Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 29 maja 2023 roku (DPP-TPZ.0272.54.2023) na listę podmiotów gospodarczych, na podstawie art. 3 ust. 1 i 6 cytowanej ustawy,

3) art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty z rażąco niską ceną wykonawcy Hausbud, ponieważ złożone wyjaśnienia przez tego wykonawcę wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny,

4)art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Hausbud, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w konsekwencji złożenia oferty z rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

5)art. 239 Pzp przez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, w konsekwencji naruszenia art. 16 pkt 1 Pzp poprzez niezachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Hausbud, 2) odrzucenie oferty wykonawcy Hausbud.

3) dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z postanowieniami treści SWZ.

Do postępowania odwoławczego zgłoszono przystąpienia podmiotów wskazanych w sentencji orzeczenia

Dnia 23 sierpnia 2023 r. Odwołujący złożył pismo, w którym wskazał, że powziął informację o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

W związku z powyższym oświadczył, że Zamawiający tylko w części uwzględnił zarzuty z odwołania, tj. w zakresie unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, a nie uwzględnił zarzutu opisanego w punkcie 1 (str. 2 odwołania), tj. naruszenie art. 74 ust. 1 i 2 Pzp w związku z art. 18 ust. 1 Pzp, przez zaniechanie niezwłocznego udostępnienia oferty wykonawcy Hausbud na dwukrotnie składany wniosek i nieudostępnienie załączników do oferty w postaci wykazu robót budowlanych wraz z referencjami, jako dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postepowaniu, w konsekwencji naruszenia zasady jawności postępowania.

Odwołujący wniósł o:

1)umorzenie postępowania odwoławczego w części dotyczącej zarzutu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

2)rozpoznania odwołania w zakresie zarzutu rażącego naruszenia art. 74 ust. 1 i 2 Pzp w związku z art. 18 ust. 1 Pzp, który podtrzymujemy.

Uzasadniając stanowisko wskazał, że Zamawiający w odniesieniu do Odwołującego oraz Przystępującego po stronie Odwołującego, naruszył art. 16 pkt 1 i 2 Pzp poprzez prowadzenie postępowania bez poszanowania zasad zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości. Zamawiający uwzględniając wyłącznie zarzut co do unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty zastosował wybieg mający na celu uniknięcie rozpoznania odwołania.

W trakcie posiedzenia i rozprawy strony, przy nieobecności prawidłowo zawiadomionych przystępujących, przedstawiły stanowiska.

Odwołujący podtrzymał zarzuty odwołania i potwierdził że wnosi o rozpoznanie odwołania w zakresie zarzutu naruszenia art. 74 i 18 pzp (zarzut nr 1). W kolejności jednak przedstawiał argumenty z odwołania dotyczące rażąco niskiej ceny konkurencyjnego wykonawcy. Odwołujący wskazał na pismo przystępującego po stronie zamawiającego, w którym załączono kosztorys, który miał być załącznikiem w sprawie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny a kosztorys taki nie został udostępniony odwołującemu wraz z dokumentami będącymi wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny. Odwołujący zapoznał się z tym dokumentem dopiero z przystąpienia. Wskazał na treść pisma przystępującego po stronie zamawiającego, gdzie podmiot ten stwierdza, iż odwołujący formułuje nowe wymogi odbiegające od postawionych w specyfikacji, co dotyczy dostawy u montażu okien, a konkretnie szyb. PFU formułuje wymogi dotyczące stolarki okiennej i drzwiowej i okoliczność ta wynika z obowiązujących przepisów..

Zamawiający stwierdził, że udostępnił żądane przez odwołującego dokumenty, w tym, w dniu dzisiejszym w udostępnił ostatni załącznik w postaci wykazu prac referencyjnych i referencji wybranego wykonawcy. Zamawiający stwierdził, że zarzut pierwszy jest niezasadny, natomiast pozostałe zarzuty odwołania zostały cofnięte. Zauważył, że unieważnił czynność wyboru oferty, zatem zarzuty są bezprzedmiotowe wobec planowanej ponownej oceny ofert. Wskazał, że zarzuty dot. papy odnoszą się do producenta, który nie jest wykonawcą, a dotyczące stolarki drzwiowej i okiennej są niekonkretne, nieudowodnione. Powołał art. 555 ustawy pzp. Wniósł o oddalenie zarzutu nr 1 jako bezprzedmiotowego i niezasadnego. Zarzuty nr 2-5 ocenia jako niedopuszczalne z punktu widzenia ww. artykułu ustawy. Zauważył, że tezy o podmiocie objętym sankcjami nie mają znaczenia z punktu widzenia zarzutu dot. rażąco niskiej ceny.

Izba rozpoznając przedmiotowe odwołanie na posiedzeniu ustaliła, co następuje.

Wbrew twierdzeniom odwołującego przedstawionym w piśmie procesowym z dnia 22 sierpnia 2023 r., zamawiający nie

uwzględnił żadnego zarzutu odwołania, jako że nie wydał w tym względzie oświadczenia o uwzględnieniu zarzutów. Czynność unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej nie zastępuje takiego oświadczenia, jakkolwiek ma istotne znaczenie przy ocenie stanu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak i stanu wymagającego rozpatrzenia w postępowaniu odwoławczym.

Również wbrew twierdzeniom zamawiającego wyrażonym na rozprawie, odwołujący nie wydał oświadczenia o cofnięciu jakiegokolwiek zarzutu odwołania. Analogicznie, jak przy uwzględnieniu zarzutów, cofnięcie zarzutu nie może być domniemane i wnioskowane z innych zdarzeń i czynności.

W takim stanie rzeczy skład orzekający rozpatrując sprawę na podstawie stanu rzeczy ustalonego w toku postępowania odwoławczego (vide art. 552 ustawy pzp), stoi na stanowisku, że wobec dokonania przez zamawiającego czynności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, a nadto udostępnienia, jakkolwiek z uchybieniem terminu, odwołującemu wszystkich żądanych dokumentów postępowania, postępowanie odwoławcze, wobec braku substratu zaskarżenia, stało się bezprzedmiotowe.

Wobec powyższego, wobec zbędności dalszego prowadzenia postępowania odwoławczego, postępowanie to podlega umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy pzp.

W konsekwencji postępowanie odwoławcze należy umorzyć w całości na podstawie wyżej wskazanego przepisu art. 568 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 9 ust. 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437), z których wynika, że jeżeli zamawiający uwzględnił w części zarzuty przedstawione w odwołaniu i pozostałe zarzuty zostały przez odwołującego wycofane przed otwarciem rozprawy, dokonuje się zwrotu odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący: ……...