**Sygn. akt: KIO 1237/23**

**POSTANOWIENIE**

**z dnia 17 maja 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Rafał Malinowski**

**Protokolant: Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 17 maja 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu
2 maja 2023 r. przez wykonawcę M. L. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Drogowo-Transportowy M. L. z siedzibą w Zabłudowie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Białystok

przy udziale wykonawcy W. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą WALMAR W. G., zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**postanawia:**

1.Umarza postępowanie odwoławcze.

2.Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) tytułem kwoty uiszczonego wpisu na rzecz wykonawcy M. L. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Drogowo-Transportowy M. L. z siedzibą w Zabłudowie.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) 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 1237/23**

**Uzasadnienie**

Miasto Białystok, dalej jako: „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710), dalej jako: „ustawa PZP”, którego przedmiotem są „*Roboty naprawczo-konserwacyjne ulic o nawierzchniach gruntowych oraz poboczy dróg z użyciem walca i bez walca na terenie miasta Białegostoku w rejonie Miasto*” (nr postępowania ZDM-XIV.271.6.2023).

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 22 lutego 2023 r. pod numerem 2023/BZP 00104916/01.

W dniu 2 maja 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcyM. L. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Drogowo-Transportowy M. L. z siedzibą w Zabłudowie, dalej jako: „Odwołujący”, wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Kwestionując ww. czynność Zamawiającego Odwołujący zarzucił mu naruszenie:

1.art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP w zw. z art. 118 ust. 2 ustawy PZP w zw. z rozdziałem V pkt 1 ppkt 4 lit. a) SWZ poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy - WALMAR W. G. jako niezgodnej z przepisami ustawy, podczas gdy Wykonawca w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia w realizacji robót budowlanych powołał się w pełni na zdolności innego podmiotu, tj. PAR-BUD R. B., zaś wskazany w zobowiązaniu tego podmiotu jedynie marginalny i poboczny zakres udziału w realizacji zamówienia oznacza, że podmiot ten w rzeczywistości nie wykona robót budowlanych, do realizacji których te zdolności są wymagane, a tym samym nastąpiło jedynie formalne i pozorne a nie realne udostępnienie zasobów przez ten podmiot;
2.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy PZP w zw. z rozdziałem V pkt 1 ppkt 4 lit. a) SWZ poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy - WALMAR W. G., pomimo że Wykonawca nie

spełnia warunku udziału w postępowania określonego w rozdziale V pkt 1 ppkt 4 lit. a) SWZ w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej dotyczącego doświadczenia, bowiem roboty budowlane wskazane w wykazie robót budowlanych nie polegały na konserwacji lub naprawie ulic o nawierzchni gruntowej o wartości minimum 500 000 zł brutto każda;

3. art. 128 ust. 1 ustawy PZP w zw. z rozdziałem V pkt 1 ppkt 4 lit. b) SWZ poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy - WALMAR W. G. do uzupełnienia wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych, pomimo że przedłożony przez Wykonawcę wykaz nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania sprzętem określonego w rozdziale V pkt 1 ppkt 4 lit. b) SWZ;

4. art. 239 ust. 1 ustawy PZP poprzez wybór najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę - WALMAR W. G., pomimo że oferta Wykonawcy polega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i pkt 3 ustawy PZP (zarzuty nr 1 i nr 2), a w konsekwencji nie podlega ocenie na podstawie kryteriów oceny ofert lub ewentualnie zachodzi podstawa do wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy PZP (zarzut nr 3).

Wobec postawionych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę - WALMAR W. G..

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, wyznaczony do rozpoznania niniejszej sprawy odwoławczej ustalił i zważył, co następuje:**

Izba stwierdziła, że nie ma podstaw do odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy PZP. Izba stwierdziła również istnienie materialnoprawnych przesłanek do wniesienia odwołania, o których mowa w art. 505 ustawy PZP.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę W. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą WALMAR W. G., dalej jako: „Przystępujący", zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione, a zatem należało uznać je za skuteczne.

Pismem z dnia 12 maja 2023 r. Zamawiający oświadczył, że uwzględnia odwołanie w części dotyczącej zarzutu nr 2 i 4.

W dniu 12 maja 2023 r. Przystępujący został wezwany do złożenia w terminie 3 dni sprzeciwu wobec ww. uwzględnienia, pod rygorem umorzenia postępowania w uwzględnionym zakresie.

W wyznaczonym terminie sprzeciw nie został zgłoszony.

W dniu posiedzenia Odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 i 3.

**Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła, co następuje.**

Wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w części zarzutów odwołania i wycofania przez Odwołującego pozostałych zarzutów, zaistniała przesłanka do umorzenia postępowania, o której mowa w art. 568 pkt 3 ustawy PZP, zgodnie z którym postępowanie podlega umorzeniu w przypadku, o którym mowa w art. 522 ustawy PZP. Wskazany przepis w ustępie trzecim wskazuje, że 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.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 522 ust. 3 ustawy PZP umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 553 ustawy PZP.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy PZP oraz § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b 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 (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), z którego wynika, że jeżeli 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:** ……...