Sygn. akt: KIO 2865/23

POSTANOWIENIE
z dnia 5 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Adriana Urbanik
Izabela Niedziałek-Bujak
Andrzej Niwicki

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w Warszawie w dniu 5 października 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 września 2023 r. przez wykonawcę **Korporację Budowlaną DORACO Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku**w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Stołeczne Warszawa**

postanawia:

1. **Odrzucić odwołanie;**

2. **Kosztami postępowania obciąża odwołującego Korporację Budowlaną DORACO Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, i:**

   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Korporację Budowlaną DORACO Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku** tytułem wpisu
   od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, z późn. 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 2865/23

Uzasadnienie

Miasto Stołeczne Warszawa (dalej „Zamawiający"), prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605, z późn. zm. – dalej „ustawa Pzp"), pn.„Modernizacja Sali Kongresowej w Pałacu Kultury
i Nauki w Warszawie wraz z pomieszczeniami niezbędnymi dla jej funkcjonowania", numer referencyjny: 086/2023. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu24 kwietnia 2023 r., za numerem 2023/S 080-240965.

W dniu 29 września 2023 r. odwołanie wniósł wykonawca **Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku** – dalej „Odwołujący".

Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności
i zaniechań Zamawiającego. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1) Zarzut nr 1: naruszenie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum A. w sytuacji, w której konsorcjum nie spełniło warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, określonego w Rozdziale 12.1 pkt 3 ppkt 2 lit. c) ii. SWZ w zakresie Kierownika robót
w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, wodociągowych i kanalizacyjnych, ponieważ wskazany do pełnienia tej funkcji Pan R.S. nie spełnia warunkuokreślonego w Rozdziale 12.1 pkt 3 ppkt 2 lit. c) ii. SWZ, z uwagi na brak 5-letniego doświadczenia wymaganego przez Zamawiającego, co wynika z faktu,
że nie pełnił funkcji Kierownika robót (posiadający uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie zgodnie z ustawą z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane (Dz.U. z 2021 r. poz. 2351 ze zm.) do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń) i nie był zgłoszony do nadzoru budowlanego dla zadania pod nazwą "Przebudowa i rozbudowa Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego im. Rydygiera
w Toruniu, przy ul. Św. Józefa 53-59";

2) Zarzut nr 2: naruszenie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp w zw.
z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp – poprzez zaniechanie czynności wykluczenia konsorcjum A. i w konsekwencji

zaniechanie czynności odrzucenia oferty konsorcjum A.
z postępowania w sytuacji, w której konsorcjum A. w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadziło Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji dotyczącej spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, określonego w Rozdziale 12.1 pkt 3 ppkt 2 lit. c) ii. SWZ w zakresie Kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, wodociągowych i kanalizacyjnych, ponieważ wskazany do pełnienia tej funkcji Pan R.S.nie spełnia warunku określonego w Rozdziale 12.1 pkt 3 ppkt 2 lit. c) ii. SWZ, z uwagi na brak 5-letniego doświadczenia wymaganego przez Zamawiającego,
co wynika z faktu, że nie pełnił funkcji Kierownika robót (posiadający uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie zgodnie z ustawą z dnia 7 lipca 1994 r.
- Prawo budowlane (Dz.U. z 2021 r. poz.2351 ze zm.) do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń) i nie był zgłoszony do nadzoru budowlanego dla zadania pod nazwą "Przebudowa i rozbudowa Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego im. Rydygiera
w Toruniu, przy ul. Św. Józefa 53-59", które to doświadczenie konsorcjum A. wskazało jako spełniające ww. warunek, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

3) Zarzut nr 3: naruszenie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp – poprzez zaniechanie czynności wykluczenia konsorcjum A. i w konsekwencji zaniechanie czynności odrzucenia oferty konsorcjum A. z postępowania w sytuacji, w której konsorcjum A. w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiło informacje wprowadzające w błąd, dotyczące rzekomego spełniania przez konsorcjum A. warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, określonego w Rozdziale 12.1 pkt 3 ppkt 2 lit. c) ii. SWZ w zakresie Kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, wodociągowych i kanalizacyjnych, ponieważ wskazany do pełnienia tej funkcji Pan R.S. nie spełnia warunku określonego w Rozdziale 12.1 pkt 3 ppkt 2 lit. c) ii. SWZ, z uwagi na brak 5-letniego doświadczenia wymaganego przez Zamawiającego, co wynika z faktu, że nie pełnił funkcji Kierownika robót (posiadający uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie zgodnie z ustawą z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U. z 2021 r. poz.2351 ze zm.) do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń) i nie był zgłoszony do nadzoru budowlanego dla zadania pod nazwą "Przebudowa i rozbudowa Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego im. Rydygiera w Toruniu, przy ul. Św. Józefa 53-59", które to doświadczenie konsorcjum A. wskazało jako spełniające ww. warunek, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia

4) ewentualnie: Zarzut nr 4: naruszenie przepisu art. 128 ust. 1 ustawy Pzp – poprzez zaniechanie czynności wezwania konsorcjum A. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających, że konsorcjum A. spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, określony w Rozdziale 12.1 pkt 3 ppkt 2 lit. c) ii. SWZ w zakresie Kierownika robót wspecjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, wodociągowych i kanalizacyjnych, tj. dysponuje osobą posiadającą 5-letnie doświadczenie wskazane w ww. pkt SWZ;

5) Zarzut nr 5: naruszenie przepisu art. 239 ust. 1 ustawy Pzp
w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a i b ustawy Pzp w zw. art. 16 pkt 1 ustawy Pzp – poprzez wybór oferty Konsorcjum A. Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w sytuacji, w której Konsorcjum A. powinno być wykluczone z postępowania, bądź którego oferta powinna zostać odrzucona, a w rezultacie którego oferta nie powinna zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą, a dokonanie prawidłowej oceny ofert doprowadziłoby do decyzji Zamawiającego, która uznawałaby ofertę Odwołującego za najkorzystniejszą.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

1) uwzględnienie odwołania;

2)zobowiązanie Zamawiającego do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

3) zobowiązanie Zamawiającego do powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
z uwzględnieniem konsekwencji stawianych Zamawiającemu zarzutów; 4) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Jak wskazał w odwołaniu Odwołujący informację stanowiącą podstawę wniesienia odwołania Odwołujący powziął w dniu 19 września 2023 r., kiedy w trybie dostępu do informacji publicznej uzyskał informację od Kujawsko-Pomorskich Inwestycji Medycznych Sp. z o.o.
w Toruniu dotyczącą inwestycji pn. „Przebudowa i rozbudowa Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego im. Rydygiera w Toruniu, przy ul. Św. Józefa 53-59”, w której wskazano, że Pan R.S. nie spełnia warunku określonego w Rozdziale 12.1 pkt 3 ppkt 2 lit. c) ii. SWZ,

z uwagi na brak 5-letniego doświadczenia wymaganego przez Zamawiającego, co wynika z faktu, że nie pełnił funkcji Kierownika robót (posiadający uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie zgodnie z ustawą z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane (Dz.U. z 2021 r. poz.2351 ze zm.) do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń) i nie był zgłoszony do nadzoru budowlanego dla zadania pod nazwą "Przebudowa i rozbudowa Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego im. Rydygiera w Toruniu, przy ul. Św. Józefa 53-59", które to doświadczenie konsorcjum A. wskazało jako spełniające wyżej wymieniony warunek. W konsekwencji, z uwagi na fakt, że niniejsze odwołanie wnoszone jest w dniu 29 września 2023 r., Odwołujący spełnił wymóg uregulowany w przepisie art. 515 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 509 ust. 2 ustawy Pzp.

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

Jak wynika z informacji Zamawiającego z dnia 21 września 2023 r. w sprawie KIO 2761/23, połączonej z niniejszą sprawą do łącznego rozpoznania, Zamawiający w dniu 8 września 2023 r. przesłał informację o wyborze oferty najkorzystniejszej do wykonawców za pośrednictwem platformy e-Zamówienia.

Izba stwierdziła, że odwołanie zostało wniesione po terminie na jego wniesienie.

Skład orzekający Izby, działając na podstawie art. 528 pkt 3, art. 529 ust. 1 oraz art. 553 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp postanowił odrzucić odwołanie w niniejszej sprawie, ponieważ w ocenie Izby nie może Odwołujący złożyć niniejszego odwołania, powołując się na art. 515 ust. 3 pkt 1 w związku z art. 509 ust. 2 ustawy Pzp. Nie ma możliwości powoływania się na powyżej przywołaną podstawę prawną i sposób liczenia terminu na wniesienie odwołania, liczony od innego momentu niż przekazana przez Zamawiającego informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 8 września 2023 r. Faktycznie to ta informacja stanowi podstawę zarzutów, a nie działanie związane z pozyskaniem informacji publicznej od zewnętrznego podmiotu. Odwołanie wskazuje na wadliwą czynność badania spełnienia warunku udziału w postępowaniu i w konsekwencji czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Gdyby termin liczyć inaczej, to takie odwołanie wnoszone z przekroczeniem terminu liczonego od dnia poinformowania o wyniku oceny ofert nie mogłoby być skuteczne. Wybór oferty najkorzystniejszej uprawomocniłby się, a powoływanie się w takiej sytuacji na art. 515 ust. 3 pkt 1 w związku z art. 509 ust. 2 ustawy Pzp prowadzić musiałoby do obejścia przepisu, określającego termin na wniesienie odwołania od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, o której poinformował Zamawiający wykonawców w dniu 8 września 2023 r. W ocenie Izby Odwołujący powinien był złożyć odwołanie w terminie określonym w art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a w związku z art. 509 ust. 2 ustawy Pzp, tak jak uczynił to Odwołujący w sprawie KIO 2761/23 w zakresie innych zarzutów niż objętych niniejszym odwołaniem, w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego, stanowiącej podstawę jego wniesienia - informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 8 września 2023 r., to jest do dnia 18 września 2023 r. Niniejsze odwołanie zostało złożone w dniu 29 września 2023 r., a zatem po ustawowym terminie na jego wniesienie, zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a w związku z art. 509 ust. 2 ustawy Pzp. Biorąc pod uwagę powyższe Izba odrzuciła odwołanie stwierdzając, że zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie Pzp na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż w przypadku odrzucenia odwołania przez Izbę koszty ponosi odwołujący stosownie do art. 557 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych oraz § 8 ust. 1 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. poz. 2437).

Mając na uwadze powyższe postanowiono jak w sentencji.

Przewodniczący: ……

……

……