

**POSTANOWENIE**

z dnia 9 sierpnia 2023 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodniczący: **Andrzej Niwicki**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 9 sierpnia 2023 r.

w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 lipca 2023 r. przez wykonawcę **Venso Group Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Gmina Miejska Hrubieszów**

**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 **Venso Group Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie** poniesionej z tytułu wpisu 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.

Przewodniczący:.....

**Sygn. akt KIO 2257/23 Uzasadnienie**

Zamawiający: Gmina Miejska Hrubieszów prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, w trybie podstawowym bez negocjacji o wartości zamówienia nie przekraczającej progów unijnych, którego przedmiotem jest Zmiana sposobu użytkowania budynku mieszkalnego przy ul. Staszica 9 w Hrubieszowie na budynek Dziennego Domu Pobytu dla Seniorów wraz z przebudową, w ramach projektu pn. „Rozwój Lokalny Hrubieszowa – od partycypacji do realizacji” finansowanego ze środków Mechanizmu Finansowego. Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych 4 lipca 2023 r. i na stronie internetowej Zamawiającego: <https://ezamowienia.gov.pl/mp-client/search/list/ocds-148610-dbf3e0e8-1982-11ee-9aa3-96d3b4440790>

Odwołujący: Venso Group Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie wniósł dnia 31 lipca 2023 r. odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności (zaniechań) Zamawiającego podjętych w postępowaniu i podniósł niezgodność z ustawą czynności (zaniechań) Zamawiającego, polegających na:

1. Odrzuceniu oferty Odwołującego;
2. Zaniechaniu zwrócenia się do Odwołującego z wezwaniem do poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, które zostały uznane przez Zamawiającego jako niekompletne lub zawierają błędy (wykaz robót budowlanych);
3. Unieważnieniu postępowania;

- wskutek czego w postępowaniu doszło do naruszenia:

1. art. 226 ust. 2b) Pzp, przez odrzucenie oferty Odwołującego, podczas gdy Odwołujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu;
2. art. 128 ust. 1 Pzp, przez zaniechanie zwrócenia się do Odwołującego z wezwaniem do poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, które zostały uznane przez Zamawiającego jako niekompletne lub zawierające błędy (wykaz robót budowlanych);
3. art. 255 pkt 2) Pzp, przez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia, w sytuacji gdy w złożona przez Odwołującego oferta nie podlega odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
2. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia;

3. powtórzenia czynności oceny ofert, w tym ewentualnie: zwrócenia się do Odwołującego z wezwaniem do poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie podmiotowych środków dowodowych, które zostały uznane przez Zamawiającego jako niekompletne lub zawierające błędy (wykaz robót budowlanych);

Jedyną ofertą złożoną w postępowaniu jest oferta Odwołującego.

Zgodnie z SWZ, Zamawiający zastrzegł, że warunki udziału w postępowaniu, w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej, spełni Wykonawca, który w ciągu ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert wykonał należycie, zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończył roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, tj. wykonał budowę lub przebudowę, co najmniej 2-ch obiektów będących co najmniej w obszarze objętym nadzorem konserwatora zabytków nie mniejszych niż 200 m<sup>2</sup> każdy. Przez budowę, należy rozumieć odpowiednio budowę w rozumieniu przepisów art. 3 pkt. 6, 7a i 8 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane.

W celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 274 ust. 1 Pzp, w dniu 24 lipca 2023 r. Odwołujący złożył m.in. wykaz robót budowlanych (zgodnie z wzorem z Załącznika nr 6 do SWZ) wraz z referencjami.

Wykaz robót budowlanych (mylnie określony we wzorze mianem „wykazu dostaw”) zawierał dwie pozycje, z czego robota zrealizowana na terenie Muzeów Nadwiślańskich w Kazimierzu Dolnym obejmowała roboty budowlane na kilku obiektach nie mniejszych niż 200 m<sup>2</sup> każdy: Kamienica Celejowska, Dom Kucewiczów, Dom Wójtowskiego z Modliborzyc, Spichlerz Ulanowskich i Dwór z Gościeradowa. Druga pozycja wykazu robót (Roboty budowlano montażowe związane z przebudową dachu) dotyczyła jednego obiektu o pow. większej niż 200 m<sup>2</sup> (dawny Dwór Sachsów).

Zamawiający (pomimo prośby Odwołującego) nie udostępnił wzoru wykazu robót w formacie edytowalnym (np. MS Word), stąd też Wykonawca musiał skorzystać z wzoru w formacie PDF. W związku z tym był ograniczony wielkością komórek w kolumnie „Zakres/opis wykonanych robót”, gdzie nie mógł wymienić nazw wszystkich obiektów podlegających przebudowie.

W dniu 25 lipca 2023 r. Zamawiający powiadomił Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 2b Pzp [właściwie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp] oraz unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 ust. 2 Pzp [właściwie art. 255 pkt 2 Pzp].

W uzasadnieniu wskazano, iż Wykonawca po wezwaniu do uzupełnienia dokumentów w dniu 24 lipca 2023 r. przesłał wykaz robót na potwierdzenie spełniania stawianego w postępowaniu warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający po zapoznaniu się z przedłożonymi dokumentami uznał, że tylko jedna w wykazanych robót spełnia stawiane kryteria a mianowicie Kompleksowe wykonanie robót dekarских, elewacyjnych, okładzinowych. Druga z przedstawionych robót: roboty budowlano montażowe związane z przebudową dachu zostały uznane przez Zamawiającego jako nie spełniające postawionych kryteriów. Zamawiający w zakresie zaplanowanych robót budowlanych nie ma zaplanowanej przebudowy obejmującej prace w zakresie pokrycia dachowego.

Odwołujący podkreśla, że roboty budowlane wymienione w poz. 1 wykazu robót („Kompleksowe wykonanie robót dekarских, elewacyjnych, okładzinowych”) dotyczyły nie jednego obiektu zabytkowego (będących co najmniej w obszarze objętym nadzorem konserwatora zabytków) nie mniejszego niż 200 m<sup>2</sup>, lecz pięciu obiektów o takich parametrach. Odwołujący wyraźnie zaznaczył, że wielkość każdego z obiektów, których dotyczyły roboty pod nazwą „Kompleksowe wykonanie robót dekarских, elewacyjnych, okładzinowych” wynosiła powyżej 200 m<sup>2</sup>.

Nazwy poszczególnych obiektów, których dotyczyły roboty pod nazwą „Kompleksowe wykonanie robót dekarских, elewacyjnych, okładzinowych” zostały wymienione w treści listu referencyjnego (plik „Referencje Drewnolit.pdf”), zaś nieedytowalny wzór wykazu robót z Załącznika nr 6 do SWZ uniemożliwiał czytelne przedstawienie tych informacji w treści wykazu.

Reasumując, skoro Zamawiający uznał, że robota budowlana pod nazwą „Kompleksowe wykonanie robót dekarских, elewacyjnych, okładzinowych” spełnia kryteria opisane w SWZ, to powinien był zauważyć, że dotyczyła ona nie jednego obiektu budowlanego powyżej 200 m<sup>2</sup> pow. użytkowej, lecz pięciu takich obiektów.

W sytuacji, gdy warunek udziału w postępowaniu wymagał aby Wykonawca „wykonał budowę lub przebudowę, co najmniej 2-ch obiektów będących co najmniej w obszarze objętym nadzorem konserwatora zabytków nie mniejszych niż 200 m<sup>2</sup> każdy” należało stwierdzić, że Odwołujący należycie wykazał spełnianie tego warunku udziału w postępowaniu.

Z ostrożności Odwołujący podnosi, że w przypadku uznania przez Zamawiającego, że podmiotowe środki dowodowe (wykaz robót) były niekompletne lub zawierające błędy, na zasadzie art. 128 ust. 1 Pzp, obowiązkiem Zamawiającego było zwrócenie się do Odwołującego z wezwaniem do poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie takich podmiotowych środków dowodowych.

Obowiązek dotyczy wyłącznie podmiotowych środków dowodowych wymaganych przez zamawiającego, do których złożenia, uzupełnienia lub poprawienia wykonawca był wezwany na podstawie art. 126 ust. 1 albo art. 274 ust. 1 Pzp. Wezwanie wykonawcy jest obowiązkiem Zamawiającego, o czym świadczy słowo „wzywa”, przy czym wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń może być dokonywane tylko raz w stosunku do tego samego braku lub tego samego błędu. Wezwanie powinno przy tym precyzyjnie wskazywać powód wezwania, tj. konkretne braki lub uchybienia, jakich dopuścił się wykonawca, zakres koniecznych do przedłożenia oświadczeń lub dokumentów, a także określać termin, w jakim powinny być one uzupełnione (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 marca 2023 r., KIO 492/23).

W świetle wyżej opisanego stanu faktycznego oraz argumentacji prawnej podanej dla uzasadnienia zarzutów odwołanie jest w pełni uzasadnione i zasługuje na uwzględnienie w całości.

Zamawiający, w odpowiedzi na odwołanie, złożonej dnia 7 sierpnia 2023 r. oświadczył, że na podstawie art. 522 ust. 1 ustawy pzp uwzględnia w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Izba rozpoznając przedmiotowe odwołanie na posiedzeniu ustaliła, że postępowanie odwoławcze należy umorzyć na podstawie przepisu art. 522 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 575 ustawy Pzp wskazanej powyżej oraz § 9 ust. 1 pkt 2a 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 całości zarzuty przedstawione w odwołaniu przed rozpoczęciem rozprawy, koszty postępowania znosi się wzajemnie.

Przewodniczący: .....