

POSTANOWENIE

z dnia 3 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Beata Konik

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron i uczestników postępowania 3 listopada 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 19 października 2023 r. przez odwołującego **DROGOPOL spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach** przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **COLAS Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pałędzich oraz Silesia Invest spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spółką komandytową z siedzibą w Gliwicach** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **DROGOPOL spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach** kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych) tytułem uiszczonego 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 2023 r. poz. 1605 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.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 3101/23

UZASADNIENIE

Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. „Przebudowa Drogi Wojewódzkiej nr 921 w gminie Pilchowice – Etap II”, znak sprawy WK.2810.6-WI-K/PN/230522/1.2023.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 12 czerwca 2023 r., 2023/S 111-349838.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”.

W postępowaniu tym wykonawca DROGOPOL spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach (dalej: „Odwołujący”) 19 października 2023 roku złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej podjętej 9 października 2023 r. i zaniechania podjęcia wobec wykonawcy, który złożył tą ofertę czynności wezwania do poprawy/ uzupełnienia załącznika nr 7 i ewentualnie załącznika nr 5 oraz ewentualnie, zaniechania wezwania do wyjaśnienia treści załącznika nr 5 (oświadczenia o podziale zadań) lub załącznika nr 7 (wykaz robót) w zakresie dotyczącym sposobu realizacji Zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 117 ust. 3 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Konsorcjum Colas do poprawy/uzupełnienia załącznika nr 7 (wykaz robót) w sposób, który potwierdzi, że Partner Konsorcjum posiada doświadczenie w zakresie pozwalającym na wykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu z pkt. 8.1.1 ppkt 4a) SWZ, a co za tym idzie – w zakresie pozwalającym na realizację zamówienia (w ślad za podziałem prac określonym w załączniku nr 5), lub wezwanie Konsorcjum Colas do poprawy/ uzupełnienia załącznika nr 5 (oświadczenie o podziale zadań) w sposób, który pozwoli uznać, że Zamówienie zostanie zrealizowane przez podmiot legitymujący się stosownym doświadczeniem (tj. zgodnie z załącznikiem nr 7 – wykaz robót); ewentualnie (tj. na wypadek nieuwzględnienia zarzutu z pkt. 1),
- 2) art. 128 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 117 ust. 3 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 przez zaniechanie wezwania Konsorcjum Colas do wyjaśnienia treści załącznika nr 5 (oświadczenia o podziale zadań) lub załącznika nr 7 (wykaz robót) w zakresie dotyczącym wykonywania przez Partnera Konsorcjum Zamówienia, w sytuacji gdy z załącznika nr 5 wynika, że będzie ono realizowane przez

Partnera Konsorcjum, tj. podmiot, który nie posiada doświadczenia wskazanego w treści warunku udziału w postępowaniu z pkt. 8.1.1 ppkt 4a) SWZ (co wynika z treści wykazu robót przedłożonego przez Konsorcjum Colas);

3) art. 16 pkt 1 - 3 ustawy Pzp przez przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

W związku z powyższym zarzutem, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu;
- 3) wezwanie Konsorcjum Colas do poprawy/ uzupełnienia załącznika nr 7 (wykaz robót) w sposób, który potwierdzi, że Partner Konsorcjum posiada doświadczenia w zakresie pozwalającym na wykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu z pkt. 8.1.1 ppkt 4a) SWZ, a co za tym idzie – w zakresie pozwalającym na realizację zamówienia (w ślad za podziałem prac określonym w załączniku nr 5), lub wezwanie Konsorcjum Colas do poprawy/ uzupełnienia załącznika nr 5 (oświadczenie o podziale zadań) w sposób, który pozwoli uznać, że Zamówienie zostanie zrealizowane przez podmiot legitymujący się stosownym doświadczeniem (tj. zgodnie z załącznikiem nr 7 – wykaz robót);

ewentualnie, wezwania Konsorcjum Colas do wyjaśnienia treści załącznika numer 5 (oświadczenia o podziale zadań) lub załącznika numer 7 (wykaz robót) w zakresie dotyczącym wykonywania przez Partnera Konsorcjum Zamówienia, w sytuacji gdy z załącznika numer 5 wynika, że ono realizowane przez Partnera Konsorcjum, tj. podmiot, który nie posiada doświadczenia wskazanego w treści warunku udziału w postępowaniu z pkt. 8.1.1 ppkt 4a) SWZ (co wynika z treści wykazu robót przedłożonego przez Konsorcjum).

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia COLAS Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pałędzich oraz Silesia Invest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółką komandytową z siedzibą w Gliwicach.

Pismem z 31 października 2023 r. Zamawiający wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z 9 października 2023 r.

Następnie Odwołujący pismem z 31 października 2023 r. wniósł o umorzenie postępowania jako zbędnego w związku z odpadnięciem substratu zaskarżenia na skutek unieważnienia przez Zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Izba zważyła co następuje.

Analiza stanu faktycznego sprawy pozwala na wniosek, że na dzień rozpoznania odwołania w sprawie, w związku z unieważnieniem zaskarżonej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, przy jednoczesnym wniosku Zamawiającego i Odwołującego o umorzenie postępowania, może znaleźć zastosowanie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba umarza postępowanie odwoławcze w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne.

Izba wskazuje, że treść art. 552 ust. 1 ustawy Pzp obliguje Izbę do uwzględnienia za podstawę stanu rzeczy ustalonego w toku postępowania odwoławczego.

W związku z poczynionymi ustaleniami faktycznymi, Izba uznała, że podstawą do umorzenia postępowania jest również stwierdzenie przez Izbę, że postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. Ustawodawca nie doprecyzował, o jakie konkretnie sytuacje chodzi, wobec czego zawsze należy dokonać indywidualnej oceny stanu faktycznego. Izba uznała, że podstawa umorzenia postępowania, o której mowa w art. 568 pkt 2) ustawy Pzp zachodzi w okolicznościach faktycznych tej sprawy. Zamawiający unieważnił bowiem zaskarżoną przez Odwołującego czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z 9 października 2023 r., wobec tego jak słusznie wskazali Zamawiający i Odwołujący w swoich stanowiskach pisemnych, nie ma substratu zaskarżenia.

Reasumując, mając na względzie okoliczności przedmiotowej sprawy oraz brzmienie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji umarżając postępowanie odwoławcze.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r, poz. 2437) z którego wynika, że w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości na skutek stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne, koszty o których mowa w § 5 pkt 2, znosi się wzajemnie, a przez art. 574 ustawy Pzp należy rozumieć, że Izba orzeka o dokonaniu zwrotu Odwołującemu uiszczanego wpisu w wysokości 20 000 zł 00 gr, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji orzeczenia.

Przewodnicząca: