

Sygn. akt: KIO 2388/23

POSTANOWENIE
z dnia 28 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Pakulska-Banach

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 28 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 sierpnia 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1) LK Inwest Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (Lider konsorcjum) i 2) KB Inwest Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** w postępowaniu prowadzonym przez **Powiat Lubański**

przy udziale: wykonawcy **U.G.**, prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą **Kontrapost Konserwacja Zabytków U.G.**, zgłaszającej swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.
2. Znosi wzajemnie koszty postępowania odwoławczego i nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1) LK Inwest Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (Lider konsorcjum) i 2) KB Inwest Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** kwoty 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczonej 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 (t.j. 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.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 2388/23

Uzasadnienie

Powiat Lubański, zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp” pod nazwą: „Rewitalizacja budynku Szkoły Muzycznej – Etap I. Formuła zaprojektuj i wybuduj”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2023/BZP 00196585.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1) LK Inwest Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (Lider konsorcjum) i 2) KB Inwest Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu - zwani dalej łącznie: „odwołującym” - w dniu 11 sierpnia 2023 r. wnieśli odwołanie wobec czynności zamawiającego, polegającej na:

- wyborze jako najkorzystniejszej oferty: U.G. – Kontrapost Konserwacja Zabytków U.G. pomimo, iż przedstawione przez wykonawcę podmiotowe środki dowodowe nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu i konieczne było wezwanie do ich uzupełnienia/poprawienia, ewentualnie złożenia prawidłowych podmiotowych środków dowodowych.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 128 ust. 1 Pzp poprzez jego niezastosowanie, polegające na braku wezwania wykonawcy: U.G. – Kontrapost Konserwacja Zabytków U.G. do uzupełnienia/poprawienia błędów w treści podmiotowych środków dowodowych, ewentualnie przedstawienia prawidłowych podmiotowych środków dowodowych, pomimo, iż z przedłożonych przez wykonawcę dokumentów w postaci wykazu robót oraz referencji nie wynika, aby wykonawca spełniał postawiony przez zamawiającego warunek w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej polegający na konieczności wykazania, że w okresie ostatnich 5 lat licząc wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonawca przeprowadził remont co najmniej jednego (1) budynku wpisanego do rejestru zabytków lub wpisanego do gminnej ewidencji zabytków o wartości min. 200.000,00 złotych brutto wraz z podaniem ich rodzaju, daty i miejsca wykonania lub wykonywania oraz z załączeniem dokumentu potwierdzającego, że roboty te wykonane zostały należycie, a przedłożone przez wykonawcę podmiotowe środki dowodowe dotyczą Remontu Zabytkowego Monoptera i Kamiennego Mostku w Dobrzycy, które to elementy infrastruktury nie stanowią budynków, lecz budowle. Ponadto zamawiający wymagał, aby praca dotyczyła 1 budynku o określonej wartości (200.000 zł), natomiast prace wynikające z referencji dotyczyły dwóch budowli (monoptera oraz mostku) i o niewielką kwotę przekraczały kwotę określoną przez zamawiającego (ich wartość wynosiła

łącznie 219.555 zł brutto), przez co wykonawca nie wykazał, aby spełniał postawiony przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu.

W oparciu o powyższe zarzuty odwołujący wnosil o:

- 1.nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez U.G. – Kontrapost Konserwacja Zabytków U.G.;
- 2.nakazanie zamawiającemu wezwania U.G. – Kontrapost Konserwacja Zabytków U.G. do uzupełnienia/poprawienia podmiotowych środków dowodowych, ewentualnie przedłożenia prawidłowych podmiotowych środków dowodowych, zgodnie z przedstawionymi powyżej zarzutami;
- 3.nakazanie zamawiającemu dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert;
- 4.zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zgodnie ze spisem kosztów, który zostanie złożony na rozprawie.

W dniu 19 sierpnia 2023 roku wykonawca U.G., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Kontrapost Konserwacja Zabytków U.G. (zwana dalej: „przystępującym”), zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane zgodnie z wymogami określonymi w art. 525 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

W dniu 23 sierpnia 2023 r. – przed otwarciem rozprawy - zamawiający przekazał Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, iż uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Ponadto, zamawiający poinformował, że w dniu 23 sierpnia 2023 roku unieważnił czynność wyboru oferty w części 1 postępowania „Rewitalizacja budynku Szkoły Muzycznej – Etap I. Formuła zaprojektuj i wybuduj” złożonej przez przystępującego oraz podjął czynności zmierzające do ponownej oceny ofert i wyboru wykonawcy. Do odpowiedzi na odwołanie zamawiający załączył „Informację o cofnięciu czynności wyboru oferty”.

W dniu 25 sierpnia 2023 roku przystępujący przedstawił stanowisko pisemne, w którym wskazywał, że złożony przez niego wykaz robót oraz dołączone do niego referencje mogą budzić wątpliwości czy spełnia warunki udziału w postępowaniu i jednocześnie poinformował, że posiada wymagane doświadczenie, ponieważ w okresie od grudnia 2022 do maja 2023 wykonywał remont budynku zabytkowego wpisanego do rejestru zabytków, będącego jednym budynkiem, w ramach zadania: „Modernizacja ciągów komunikacyjnych w DPS Lubsko”.

Na wyznaczony - na dzień 28 sierpnia 2023 roku - termin posiedzenia z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego przystępujący nie stawil się.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zgodnie z art. 522 ust. 2 ustawy Pzp jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Izba uznała, że zachodzą przesłanki do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o przepis art. 522 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu. Przystępujący nie stawil się na wyznaczony termin posiedzenia z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego, co oznacza jego rezygnację z uprawnienia do wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania w całości. Należy podkreślić, że także z pisma złożonego przez przystępującego w dniu 25 sierpnia 2023 roku nie wynika, że zamierza wnosic on sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania. Raczej przystępujący przyznał w tym piśmie, że złożony przez niego wykaz robót i referencje mogą budzić wątpliwości (co było przedmiotem zarzutu), dlatego też powoływał się na remont wykonany w ramach innej inwestycji.

Niezależnie od powyższego w niniejszej sprawie zachodzą też przesłanki do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o przepis art. 568 pkt 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 568 pkt 2 ustawy Pzp Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

Zamawiający unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, co oznacza, że czynność, wobec której zostało wniesione odwołanie, na dzień rozpoznawania sprawy przez Izbę, nie istnieje. Tym samym nie istnieje tzw. substrat zaskarżenia, niezbędny do tego, aby Izba mogła rozpoznać odwołanie merytorycznie i stwierdzić, czy zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp, czy też nie. Powyższe powoduje, że postępowanie odwoławcze staje się zbędne, gdyż przedmiot zaskarżenia (czynność wyboru najkorzystniejszej oferty) przestał istnieć, co stanowi podstawę umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o powołany powyżej przepis art. 568 pkt 2

ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w oparciu o przepis art. 522 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 568 pkt 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw.z § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a) oraz § 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).

Zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a) ww. rozporządzenia: w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, znosi się wzajemnie, jeżeli przed otwarciem rozprawy zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Natomiast stosownie do § 9 ust. 2 powołanego rozporządzenia: w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości ze względu na stwierdzenie, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne, zgodnie z art. 568 pkt 2 ustawy, koszty znosi się wzajemnie.

Powołane powyżej przepisy ww. rozporządzenia w sposób precyzyjny i jednoznaczny określają warunki ponoszenia kosztów oraz sposób ich rozliczania przez Izbę. W sytuacji umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o powołane powyżej podstawy prawne, koszty postępowania odwoławczego określone w § 5 pkt 2 ww. rozporządzenia znosi się wzajemnie, a odwołującemu zwraca się kwotę uiszczoną tytułem wpisu od odwołania. Tym samym zasadny był wniosek zamawiającego z punktu 2 odpowiedzi na odwołanie, tj. o wzajemne zniesienie kosztów postępowania. Bezzasadna była argumentacja odwołującego, że o dokonanych czynnościach nie miał wiedzy na dzień wniesienia odwołania. Jest to oczywiste, albowiem dopiero w związku z wniesionym odwołaniem jest możliwe uwzględnienie zarzutów odwołania i często unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej ma właśnie związek z wniesionym odwołaniem.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji i zniósła wzajemnie koszty postępowania odwoławczego oraz nakazała dokonanie na rzecz odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 10.000,00 zł uiszczonej przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący:.....