

Sygn. akt: KIO 2741/20

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 13 listopada 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Izabela Niedziałek-Bujak**

**Protokolant:** **Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron w dniu 25 października 2020 r. przez Odwołującego – **Constructo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa**, Rogówko 6a, 87-162 Lubicz

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Miasto Poznań**, Pl. Kolegiacki 17, 61-841 Poznań w imieniu i na rzecz którego działa **Poznańskie Inwestycje Miejskie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Wiosny Ludów 2, 61-831 Poznań

przy udziale

Wykonawców wspólnie ubiegający się o zamówienie – **Przedsiębiorstwo Ogólnobudowlane ARTBUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa**, ul. J.H. Dąbrowskiego 138/3, 60-577 Poznań, **ART-BUD Roboty Ogólnobudowlane Nowoczesne Aranżacje Wnętrz Inż. A. P.**, Pl. Waryńskiego 8/3, 60-579 Poznań zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**postanawia:**

1. Umarza postępowanie odwoławcze.
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego – Constructo Sp. z o.o. sp.k. kwoty **10.000 zł 00 gr.** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy), stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Poznaniu**.

**Przewodniczący:** .....

**Sygn. akt: KIO 2741/20**

## **Uzasadnienie**

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Miasto Poznań, Poznańskie Inwestycje Miejskie Sp. z o.o. na *budowę łącznika – ZSO nr 2 – III Przetarg* (nr postępowania: PIM/08/20/ZP48/2019-228), ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 12.08.2020r., nr 573740-N-2020, wobec czynności badania, oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej (ARTBUD Sp. z o.o. sp.k.), Wykonawca Constructo Sp. z o.o. sp. k. wniósł w dniu 25 października 2020 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 2741/20).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 2.1.1 art. 91 ust. 1 Ustawy Pzp poprzez przyznanie dodatkowych punktów w łącznej ilości 8 pkt w kryterium „Doświadczenie kierownika Budowy (DKB)”, chociaż oferta ARTBUD mogła otrzymać co najwyżej 2 pkt;
- 2.1.2 art. 89 ust. 1 lit 7b Ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ARTBUD pomimo, że Wykonawca nie wniósł skutecznie wadium w postępowaniu, tj. w sposób, który zapewniłby Zamawiającemu zabezpieczenie jego interesów;
- 2.1.3 art. 26 ust 3 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy ARTBUD do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, pomimo że z dokumentów, jakie przedłożył nie wynika, aby spełniał warunki udziału w postępowaniu;
- 2.1.4 art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji;
- 2.1.5 inne wskazane w uzasadnieniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie wezwania ARTBUD do uzupełnienia dokumentów, tj. wykazu robót i dowodów, nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert w kryterium DKB, w tym nie przyznanie ofercie ARTBUD w tym kryterium dodatkowych punktów, nakazanie odrzucenia oferty ARTBUD na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 b Ustawy Pzp.

Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 20.10.2020r.

Uzasadnienie zarzutów.

Odwołujący zakwestionował ocenę spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej (doświadczenie) opisanego w pkt 9.2.3.2 siwz, jako wymóg wykonania co najmniej 2 (dwóch) robót budowlanych polegających na budowie budynku o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 500 m<sup>2</sup> oraz wartości robót nie mniejszej niż 1 500 00,00 zł brutto (każda).

Spośród dwóch wskazanych ARTBUD w wykazie wykonanych robót, pierwsza opisana jako „Przebudowa i zmiana sposobu użytkowania budynku zespołu szkół mechanicznych w Poznaniu, ul. Świerkowa 10 o wartości powyżej 10 mln zł. pow. użytkowa powyżej 1000m<sup>2</sup>” - polegała na przebudowie, co nie odpowiada zakresowi prac, jakimi należało się wykazać w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający w pkt 9.2.3.2 siwz odwołał się do legalnej definicji „budowy” z art. 3 pkt 6 ustawy Prawo budowlane, rozumianej jako „wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego”.

Zamawiający zobowiązany był wezwać Wykonawcę do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy Pzp.

Odwołujący zakwestionował, jako potwierdzający spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej – opinię bankową oraz wyciąg z konta. Zamawiający wymagał środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości co najmniej 1 000 000,00 PLN (lub jej równowartości w przypadku innych walut). Opinia bankowa potwierdza posiadanie kredytu obrotowego w wysokości linii kredytowej – 970 000,00 zł i nie wskazuje ona w jakim zakresie i stopniu wykonawca wykorzystał przyznany limit, a tym samym jaka jest aktualna zdolność kredytowa wykonawcy. Przedstawione saldo środków na rachunku na dzień 09.10.2020 r. (383.375,84 zł) nie mogło być szumowane z limitem środków dostępnych w ramach kredytu obrotowego, gdyż nie jest znany stan ich stan na moment złożenia oferty. Zamawiający zobowiązany był wezwać Wykonawcę do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy Pzp.

Odwołujący zakwestionował dokumenty urzędowe (zaświadczenia z ZUS i US) podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym, który nie został zweryfikowany przez wykonawcę (nie przedstawił Zamawiającemu potwierdzenia dokonania weryfikacji podpisu). Urzędowe poświadczenie doręczenie nie jest takim dowodem, a skoro Wykonawca wydrukował dokumenty elektroniczne (nie przesłał ich do Zamawiającego w postaci elektronicznej), ciężar wykazania, iż są one podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym spoczywał właśnie na Wykonawcy. Zamawiający winien wezwać ARTBUD do uzupełnienia dokumentów, tj. zaświadczeń ZUS i US w zakresie potwierdzenia złożenia na tych dokumentach kwalifikowanych podpisów elektronicznych, ewentualnie do przekazania

Zamawiającemu oryginałów dokumentów sporządzonych w wersji elektronicznej z podpisem kwalifikowanym.

W zakresie oceny oferty w kryterium DKB Odwołujący ponownie wskazał na nieadekwatność doświadczenia kierownika budowy zdobytego przy przebudowie budynku, które nie wchodzi w zakres pojęcia „budowa”, co oznaczało, iż nie powinno być ono brane pod uwagę. Odwołujący zakwestionował doświadczenie z poz. 1-6 wykazu osób, jako niespełniające warunku opisanego w pkt 9.2.3.2 siwz. W przypadku ewentualnego uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy i wskazania innej roboty niż opisana w poz. 3, Wykonawca mógłby otrzymać co najwyżej 2 pkt w tym kryterium.

Wykonawca ARTBUD złożył oświadczenie poręczyciela o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium Nr 97/08/2020/PW, w którego treści nie został przywołany drugi podmiot ART.-BUD Roboty Ogólnobudowlane Nowoczesne Aranżacje Wnętrz Inż. A. P. . W treści dokumentu powinno znaleźć się odniesienie do udziału drugiego podmiotu. Poręczyciel nie ma zatem pełnej wiedzy co do tego, za kogo poręcza i w przypadku zaistnienia jakich okoliczności będzie miał obowiązek zapłaty określonej kwoty. Powinno to skutkować uznaniem wadium za nie wniesione lub wniesione w sposób nieprawidłowy.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w którym uwzględnił w całości odwołanie i zapowiedział powtórzenie czynności oceny i badania ofert, uznanie wadium złożone przez Przystępującego za nieprawidłowe oraz odrzucenie oferty Konsorcjum ARTBUD na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Ustawy.

Do postępowania odwoławczego przystąpiło po stronie Zamawiającego Konsorcjum ARTBUD: Przedsiębiorstwo Ogólnobudowlane ARTBUD Sp. z o.o. sp. k. z/s w Poznaniu, ART-BUD Roboty Ogólnobudowlane Nowoczesne Aranżacje Wnętrz Inż. A. P., Poznań.

Na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron udział wzięły wyłącznie pełnomocnik Odwołującego, a pełnomocnicy Zamawiającego oraz Przystępującego po jego stronie nie stawili się. Ponieważ strony i uczestnik zostały prawidłowo zawiadomione o terminie posiedzenia, na podstawie par. 21 ust. 3 rozporządzenia prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. poz. 964, z późn. zm.) Izba uznała, iż brak stawiennictwa przedstawicieli Przystępującego nie stanowi przeszkody formalnej do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego. Zgodnie z par. 13 ust. 2a ww. rozporządzenia, w przypadku posiedzenia z udziałem stron, uczestników postępowania odwoławczego, świadków lub biegłych Izba na posiedzeniu wzywa uczestnika, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu co do

uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu. Niestawiennictwo uczestnika oznacza rezygnację z udziału w sprawie pomimo złożonego stanowiska pisemnego, w którym podmiot odnosił się do zasadności zarzutów. Stanowisko uczestnika zostało przekazane w piśmie z dnia 9.11.2020r., a więc przed podjęciem czynności procesowej Zamawiającego, jaką było uwzględnienie w całości odwołania, co nastąpiło w dniu 12.11.2020r. Tym samym Izba nie miała podstaw do przyjęcia, iż merytoryczna polemika z zasadnością zarzutów oznacza, iż uczestnik zgłasza sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania. Ponieważ uczestnik nie zgłaszał przeszkód w stawieniu się na wyznaczony termin posiedzenia Izba uznała, iż jego nieobecność uniemożliwia nadanie sprawy biegu i wydała postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Izba stwierdziła, iż w świetle oświadczenia Zamawiającego zachodzi podstawa do umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie z art. 186 ust. 3 Ustawy.

*Zgodnie z art. 186 ust. 3 Ustawy, 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 czynność w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.*

Na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 1 Ustawy koszty postępowania odwoławczego w tych przypadkach *znosi się wzajemnie.*

Na podstawie § 5 ust. 1 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tekst jednolity Dz.U. z 2018 r., poz. 972), Izba orzekła o dokonaniu zwrotu Odwołującemu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 10.000 zł., uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

**Przewodniczący: .....**