

Sygn. akt: KIO 1001/23

**POSTANOWIENIE**  
z dnia 21 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Aneta Młacka**

**Protokolant: Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 21 kwietnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 07 kwietnia 2023 r. przez Odwołującego **P. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą TENEO P. G. (ul. Kaliszówka 4/46, 01-909 Warszawa)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Wolskie Centrum Kultury (ul. Obozowa 85, 01-425 Warszawa)**

**postanawia:**

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. **nakazać zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego P. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą TENEO P. G. (ul. Kaliszówka 4/46, 01-909 Warszawa) kwoty 10000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej uiszczony wpis 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 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:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający Wolskie Centrum Kultury prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest: „Modernizacja amfiteatru w Parku Sowińskiego ulica Elekcyjna 17.”

07 kwietnia 2023 roku Odwołujący P. G. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą TENEO P. G. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 128 ust. 4 i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Wykonawcy lub podmiotu trzeciego, na którego doświadczenie Wykonawca się powołuje (tj. HELSEN Ł. W.) w sytuacji, kiedy złożone podmiotowe środki dowodowe, pomimo ich jednoznacznej treści i możliwości ich weryfikacji, wzbudziły wątpliwości Zamawiającego;

2. art. 127 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie przez Zamawiającego weryfikacji w publicznym i bezpłatnym rejestrze (tj. Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej), że podmiot trzeci, na którego doświadczenie Wykonawca powołał się w złożonej ofercie (tj. HELSEN Ł. W.) był współnikiem spółki cywilnej pod firmą HELSEN s.c. Ł. W., O. D., w związku z czym realizował on zamówienie wskazane w oświadczeniu (tj. robót budowlanych na rzecz Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie) i posiadał wymagane doświadczenie do realizacji przedmiotu zamówienia (tj. spełniał warunek wskazany w rozdziale III, ust. 1 lit. d. ppkt a) SWZ) - pomimo wskazania w treści oferty danych umożliwiających taką weryfikację, w szczególności numerów NIP spółki cywilnej i HELSEN Ł. W., na podstawie których możliwe byłoby dokonanie weryfikacji przez Zamawiającego, że podmiot ten wykonywał roboty budowlane wskazane w oświadczeniu;

3. art. 58 ust. 1 i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 860 § 1 Kodeksu cywilnego przez błędną wykładnię i nieprawidłowe uznanie przez Zamawiającego, że spółka cywilna jest odrębnym podmiotem, w związku z czym podwykonawca HELSEN Ł. W. nie wykonywał określonych w oświadczeniu robót budowlanych, podczas gdy spółka cywilna nie posiada odrębnej osobowości prawnej, lecz jest jedynie umową o wspólnym przedsięwzięciu, zaś podmiotami wykonującymi m.in. roboty budowlane w ramach zamówienia publicznego są jej poszczególni wspólnicy (a więc w tym przypadku HELSEN Ł. W.), co skutkowało błędnym uznaniem, że Wykonawca nie przedstawił przedmiotowego środka dowodowego potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu;

4 art. 122 ustawy Prawo zamówień publicznych przez jego niezastosowanie i zaniechanie przez Zamawiającego żądania wskazania innego podmiotu bądź wykazania samodzielnego posiadania odpowiednich zasobów przez Wykonawcę w sytuacji uznania przez Zamawiającego, że podmiot trzeci, na którego doświadczenie powołuje się Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, co winno być działaniem poprzedzającym wykluczenie Wykonawcy z udziału w postępowaniu skutkującego odrzuceniem jego wniosku, bowiem przepis ten ma charakter obligatoryjny;

- co w rezultacie doprowadziło do naruszenia:

5. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) i pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez ich błędne zastosowanie i bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego, podczas gdy oferta ta nie spełniała warunków do jej odrzucenia i winna zostać poddana ocenie przez Zamawiającego, zaś odrzucenie oferty Odwołującego było przedwcześnie, bowiem nie zostało ono poprzedzone obligatoryjnym wezwaniem, w trybie art. 122 ustawy Prawo zamówień publicznych;

6. art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie wadliwego wyboru oferty złożonej przez NEOSITE sp. z o.o. w sytuacji, gdy oferta ta nie była ofertą najkorzystniejszą, bowiem przy zastosowaniu kryteriów wskazanych w treści SWZ i poddaniu ocenie oferty Odwołującego, uzyskałaby ona 97/100 pkt, zaś oferta wybranego przez Zamawiającego wykonawcy uzyskałaby wynik niższy, tj. 89,67 pkt - co musiałoby spowodować wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;

7. art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru przez Zamawiającego oferty NEOSITE sp. z o.o., dokonania ponownego badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego, wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

18 kwietnia 2023 roku Zamawiający wniósł pismo, w którym oświadczył, że uwzględni odwołanie w części dotyczącej: wadliwej czynności badania i oceny ofert; zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w przypadku, gdy Zamawiający powziął wątpliwość co do posiadania wymaganego doświadczenia przez podmiot wskazany przez Odwołującego jako udostępniający swoje doświadczenia (tj. HELSEN Ł. W.); zaniechania - przed odrzuceniem oferty Odwołującego - żądania wskazania innego podmiotu udostępniającego zasoby lub wykazania przez wykonawcę samodzielnego spełnienia warunków udziału w postępowaniu; wadliwej czynności odrzucenia oferty Odwołującego,

pomimo braku podstaw do jej odrzucenia.

W trakcie posiedzenia z udziałem stron Zamawiający oświadczył, że 08 kwietnia 2023 roku dokonał unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z 05 kwietnia 2023 roku. W aktach sprawy znajduje się informacja o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W treści informacji Zamawiający wskazał, że: „Mając na uwadze dochowanie należytej staranności w badaniu ofert, Zamawiający musi skorygować swoje działania by nie uchybić art. 122, a w konsekwencji art. 17 ustawy Pzp. Mamy bowiem do czynienia z wadą możliwą do usunięcia przez samego zamawiającego, która polega na zaniechaniu wezwania Wykonawcy Teneo P. G., 01-909 Warszawa ul. Kaliszówka 4/46 do złożenia wyjaśnień w przypadku, gdy Zamawiający powziął wątpliwości co do posiadania wymaganego doświadczenia”.

Zamawiający jednocześnie oświadczył, że dokonał następnie czynności wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a także dotyczących wysokości zaoferowanej ceny.

Dodatkowo Zamawiający złożył w trakcie posiedzenia z udziałem stron odpowiedź Odwołującego na wezwanie Zamawiającego z 12 kwietnia 2023 roku, w której znajdują się wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny oraz informacja o zmianie podmiotu udostępniającego swoje doświadczenie.

Zamawiający oświadczył, że na chwilę obecną pozostaje w trakcie badania i oceny ofert i nie dokonał ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający zatem po wniesieniu odwołania unieważnił swoją czynność z 05 kwietnia 2023 roku, polegającą na wyborze oferty najkorzystniejszej, która stanowiła przedmiot postępowania odwoławczego (zainicjowanego 07 kwietnia 2023 roku) i dokonuje czynności dalszego badania i oceny oferty z udziałem oferty Odwołującego. Tym samym Zamawiający wyeliminował z obrotu prawnego decyzją dotyczącą oceny ofert. W tej sytuacji rozstrzygnięcie w przedmiocie zarzutów odwołania stało się zbędne.

Odwołujący nie stawiał się na posiedzenie z udziałem stron, pomimo prawidłowego powiadomienia o terminie posiedzenia.

Zgodnie z artykułem 568 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

Zamawiający poinformował, że unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i

wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień. Oznacza to, że nie istnieje czynność wobec której zostało wniesione odwołanie. Postępowanie odwoławcze stało się zatem zbędne, gdyż przedmiot zaskarżenia (czynność wyboru oferty najkorzystniejszej) przestał istnieć, co stanowi podstawę umorzenia postępowania w oparciu o art. 568 pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wobec nowych czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu Odwołujący będzie uprawniony do skorzystania ze środków ochrony prawnej.

W związku z powyższym postępowanie odwoławcze należało umorzyć na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 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 na skutek stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne, koszty znosi się wzajemnie. Na podstawie art. 574 ustawy Pzp Izba orzekła o dokonaniu zwrotu Odwołującemu uiszczzonego wpisu w wysokości 10 000 zł 00 gr, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji orzeczenia.

**Przewodniczący:**

.....