

Sygn. akt: KIO 203/23

POSTANOWIENIE
z dnia 6 lutego 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 6 lutego 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 stycznia 2023 r. przez wykonawcę **RISER Sp. z o.o. z siedzibą w Jaworznie** w postępowaniu prowadzonym przez **Towarzystwo Budownictwa Społecznego „Twój Dom” Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku**

przy udziale wykonawcy **Remar Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą w Gołkowicach Górnych** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego – wykonawcy **RISER Sp. z o.o. z siedzibą w Jaworznie** kwoty 18 000 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu.

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 2022 r., poz. 1710, późn. 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:

U z a s a d n i e

Zamawiający – Towarzystwo Budownictwa Społecznego „Twój Dom” Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na *budowę zespołu czterech budynków mieszkalnych 8 mieszkaniowych przy ul. Gen. L. Okulickiego w Rybniku* (znak postępowania: PN.3.2022).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 września 2022 r. pod numerem nr 2022/S 189-531242.

W dniu 23 stycznia 2023 r. wykonawca RISER Sp. z o.o. z siedzibą w Jaworznie [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) [zarzut główny] art. 239 ust. 1 i ust. 2 ustawy PZP poprzez jego błędne zastosowanie, a w konsekwencji wybór jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy REMAR pomimo tego, że oferta ta winna zostać odrzucona (ewentualnie – z ostrożności procesowej, na wypadek nieuwzględnienia któregośkolwiek z zarzutów głównych opisanych pod numerami 2 oraz 3 – przedwczesnego wyboru oferty najkorzystniejszej, pomimo faktu, że wykonawca REMAR winien zostać wezwany do wyjaśnień oraz poprawienia podmiotowych środków dowodowych, zgodnie z punktami 4-8 poniżej);
- 2) [zarzut główny] art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c (oraz dodatkowo art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy PZP poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji nieodrzuconie oferty wykonawcy REMAR pomimo faktu, że wykonawca REMAR w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 128 ust. 1 PZP z dnia 7 grudnia 2022 roku (L. Dz. 971/2022) do uzupełnienia Wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego (podmiotowego środka dowodowego) nie złożył prawidłowo uzupełnionego Wykazu (zgodnie z wezwaniem Zamawiającego), a przez to nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 3) [zarzut główny] art. 226 ust. 1 pkt 3 (oraz dodatkowo art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy PZP poprzez ich niezastosowanie, a w konsekwencji nieodrzuconie oferty wykonawcy REMAR pomimo faktu, że oferta ta jest niezgodna z przepisami ustawy, a to przepisem art. 462 ust. 1 ustawy PZP, który dopuszcza powierzenie podwykonawcy jedynie części zamówienia, podczas gdy z oferty wykonawcy REMAR (oraz treści wyjaśnień z dnia 23 listopada 2022 roku) wynika, że zamierza powierzyć podwykonawcy całość zamówienia, a dodatkowo oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia, a to postanowieniami rozdziału V pkt 4 części „Zamawiający informuje, że” SWZ oraz pkt 1 i pkt 4 części „Podwykonawstwo” SWZ oraz pkt

7 Formularza oferty (załącznik nr 1 do SWZ) oraz § 4 ust. 20 i ust. 21 Wzoru umowy (załącznik nr 9 do SWZ), zgodnie z którymi Zamawiający dopuszcza powierzenie podwykonawcom wyłącznie części zamówienia (a nie całość zamówienia)

ewentualnie – w przypadku nieuwzględnienia zarzutu głównego nr 2) lub zarzutu głównego nr 3) (przynajmniej jednego)

4) [zarzut ewentualny] art. 128 ust. 1 ustawy PZP poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji niewezwanie wykonawcy REMAR do poprawienia treści Wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, pomimo faktu, że z treści Wykazu nie wynika jaki jest rzeczywisty okres doświadczenia kierownika budowy oraz kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych, jak również czy realizowali oni zamówienia referencyjne przez cały okres realizacji zamówień, a zatem wykonawca REMAR nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu

a z ostrożności

[zarzut ewentualny] art. 128 ust. 4 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy PZP poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji niewezwanie wykonawcy REMAR do wyjaśnienia treści Wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, pomimo faktu, że z treści Wykazu nie wynika jaki jest rzeczywisty okres doświadczenia kierownika budowy oraz kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych, jak również czy realizowali oni zamówienia referencyjne przez cały okres realizacji zamówień, a zatem wykonawca REMAR nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu;

5) [zarzut ewentualny] art. 223 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy PZP poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji niewezwanie wykonawcy REMAR do wyjaśnienia treści oferty celem ustalenia zakresu, który wykonawca REMAR ma zamiar powierzyć do wykonania podwykonawcy – podmiotowi udostępniającemu zasoby, pomimo faktu, że z oferty (oraz treści wyjaśnień udzielonych przez wykonawcę REMAR w dniu 23 listopada 2022 roku) wynika – niezgodny z przepisami ustawy PZP oraz SWZ (warunkami zamówienia) – zamiar powierzenia podwykonawcy (podmiotowi udostępniającemu zasoby) – realizacji całego zakresu zamówienia, czym Zamawiający naruszył zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

6) [zarzut ewentualny] art. 223 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy PZP poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji niewezwanie wykonawcy REMAR do wyjaśnienia treści oferty celem ustalenia zakresu podwykonawstwa, który wykonawca REMAR ma zamiar powierzyć do wykonania podmiotom trzecim (nieudostępniającym swoich zasobów), pomimo istnienia w tym zakresie sprzeczności w ofercie (sensu largo), czym Zamawiający naruszył zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

7) [zarzut ewentualny] art. 128 ust. 1 ustawy PZP poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji niewezwanie wykonawcy REMAR do poprawienia (lub uzupełnienia) treści

Oświadczenia o średniorocznym zatrudnieniu, pomimo faktu, że z treści Oświadczenia nie wynika jakie jest średnioroczne zatrudnienie osób na stanowiskach fizycznych (tj. zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale VIII ust. 1 pkt 2 lit. d SWZ), a zatem wykonawca REMAR nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu

a z ostrożności

[zarzut ewentualny] art. 128 ust. 4 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy PZP poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji niewezwanie wykonawcy REMAR do wyjaśnienia treści Oświadczenia o średniorocznym zatrudnieniu, pomimo faktu, że z treści Oświadczenia nie wynika jakie jest średnioroczne zatrudnienie osób na stanowiskach fizycznych (tj. zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale VIII ust. 1 pkt 2 lit. d SWZ), a zatem wykonawca REMAR nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu;

8) [zarzut ewentualny] art. 128 ust. 1 ustawy PZP poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji niewezwanie wykonawcy REMAR do poprawienia treści Wykazu robót budowlanych oraz przedłożenia nowych referencji, pomimo faktu, że z treści referencji wynika, że podmiot udostępniający zasoby - REMAR R. G. nie nabył wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia przy realizacji robót budowlanych wskazanych w treści Wykazu, a to przez realizację tych robót w systemie generalnego wykonawstwa (a zatem nie samodzielnie przez podmiot REMAR R. G., a przynajmniej nie samodzielnie w zakresie wystarczającym dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w rozdziale VIII ust. 1 pkt 2 lit. d SWZ), a zatem wykonawca REMAR nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu,

a z ostrożności

[zarzut ewentualny] art. 128 ust. 4 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy PZP poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji niewezwanie wykonawcy REMAR do wyjaśnienia treści Wykazu robót budowlanych oraz referencji, pomimo faktu, że z treści referencji nie wynika, że podmiot udostępniający zasoby - REMAR R. G. nabył wymagane przez Zamawiającego doświadczenie przy realizacji robót budowlanych wskazanych w treści Wykazu, a to przez realizację tych robót w systemie generalnego wykonawstwa (a zatem nie samodzielnie przez podmiot REMAR R. G., a przynajmniej nie samodzielnie w zakresie wystarczającym dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w rozdziale VIII ust. 1 pkt 2 lit. d SWZ), a zatem wykonawca REMAR nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Wobec naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów Odwołujący wnioś o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości;
- 2) przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, a w szczególności wskazanych w treści niniejszego odwołania;
- 3) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 4) nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownego badania oferty wykonawcy REMAR;
- 5) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy REMAR 8 ewentualnie (w przypadku nieuwzględnienia któregośkolwiek z zarzutów głównych oznaczonych nr 2 oraz nr 3): nakazanie Zamawiającemu wezwania wykonawcy REMAR do wyjaśnień treści oferty oraz wyjaśnień treści podmiotowych środków dowodowych, jak również poprawy podmiotowych środków dowodowych, zgodnie z treścią odwołania;
- 6) nakazanie Zamawiającemu – w konsekwencji – przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert spośród ofert niepodlegających odrzuceniu złożonych przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu i dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 7) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

Izba ustaliła, że wykonawca Remar Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą w Gołkowicach Górnych skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W dniu 3 lutego 2023 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismo, w którym oświadczył, że cofa wniesione odwołanie. Izba stwierdziła, że oświadczenie o wycofaniu odwołania zostało złożone przez osobę uprawnioną do reprezentowania Odwołującego.

Wobec powyższych ustaleń Izba wskazuje, że na skutek cofnięcia odwołania wystąpiła przesłanka do umorzenia postępowania odwoławczego, o której mowa w art. 520 ust. 1 i 2 oraz art. 568 pkt 1 ustawy Pzp. Stosownie do treści art. 520 ust. 1 ustawy Pzp, odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy. Cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby (art. 520 ust. 2 ustawy Pzp). Z kolei w myśl art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.

Mając na uwadze powyższe postanowiono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a 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), nakazując zwrot na rzecz Odwołującego 90% kwoty wpisu uiszczonego w wysokości 20 000,00 zł.

Przewodniczący: