

Sygn. akt: KIO 1858/22

POSTANOWIENIE

z dnia 27 lipca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 27 lipca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lipca 2022 r. przez **WEGARTEN Sp. z o.o., ul. Wał Miedzeszyński 630, 03-994 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Michałowice, Aleja Powstańców Warszawy 1, Reguły, 05-816 Michałowice**

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze,
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **WEGARTEN Sp. z o.o., ul. Wał Miedzeszyński 630, 03-994 Warszawa** kwoty **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 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

Gmina Michałowice (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Opracowanie projektów organizacji ruchu na terenie Gminy Michałowice”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 15 czerwca 2022 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod pozycją 2022/BZP 00211694/01.

W dniu 13 lipca 2022 r. wykonawca WEGARTEN Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego z dnia 8 lipca 2022 r. polegającej na wyborze oferty podlegającej odrzuceniu jako najkorzystniejszej. Odwołujący stwierdził, że oferta wykonawcy DPJ System D. M. podlega odrzuceniu ze względu na brak spełnienia warunku udziału w postępowaniu – warunku doświadczenia oraz warunku dotyczącego osób skierowanych do realizacji zamówienia – oraz ze względu na wprowadzenie w błąd Zamawiającego w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu, co zostało przewidziane przez Zamawiającego w SWZ jako przesłanka wykluczenia z postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy Pzp poprzez nieodrzućenie oferty wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu,
2. art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp poprzez nieodrzućenie oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania
3. w konsekwencji naruszenie art. 239 ustawy Pzp poprzez wybór oferty, która nie jest najkorzystniejsza w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości;
2. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy DPJ System D. M.;
3. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;

4. zasądzenie do Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania wywołanego wniesieniem niniejszego odwołania.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący argumentował jak następuje:

ZARZUT nr 1 dotyczący warunku zdolności technicznej i zawodowej w zakresie skierowania do wykonania osób o odpowiednich kwalifikacjach

Odwołujący wskazał, że w wykazie osób, złożonym wraz z ofertą (na wzorze stanowiącym Załącznik nr 5 do SWZ), wykonawca DPJ System D. M. wskazał p. A. C. jako legitymującego się uprawnieniami do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie i doświadczeniem. Zdaniem Odwołującego, wykonawca DPJ System D. M. w sposób wadliwy uzupełnił wykaz w zakresie doświadczenia p. A. C., wskazując jedynie, że posiada „doświadczenie przy realizacji projektów organizacji ruchu w latach 2017-2022 – zgodnie z warunkiem udziału”. W ocenie Odwołującego, nie można przyjąć, by tak duża ogólnikowość w określaniu doświadczenia była dopuszczalna, gdyż uniemożliwia ona jakąkolwiek weryfikację nie tylko Zamawiającemu, ale także innym podmiotom, np. w toku postępowania przed Izbą.

Odwołujący zauważył, że warunek sformułowany w Rozdziale VII pkt 4 SWZ jednoznacznie wskazuje, że doświadczenie osoby musi obejmować min. jedną realizację i realizacja ta musiała obejmować drogi o długości min. 50km oraz mieć miejsce w terminie ostatnich 5 lat. Jak podał Odwołujący, w stosunku do p. A. C. wskazano jedynie, że pracował on nad różnymi projektami organizacji ruchu, przy czym brak informacji, by którykolwiek z nich obejmował więcej niż 50km dróg oraz o terminach ich wykonania.

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający dysponuje informacjami wskazanymi w celu oceny oferty w kryterium oceny ofert „Doświadczenie Projektanta” w formularzu oferty złożonym przez DPJ System D. M. .

Odwołujący podniósł, że również doświadczenie wykazane dla pana A. C. w Formularzu oferty nie może być wzięte pod uwagę - żadna ze wskazanych realizacji nie obejmowała jednej dokumentacji projektowej projektu organizacji ruchu w zakresie dla sieci dróg o kategorii min. gminnych publicznych o długości nie mniejszej niż 50 km, które uzyskały zatwierdzenie przez organ zarządzający ruchem. Odwołujący wskazał, że zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 23 września 2003 r. w sprawie szczegółowych warunków zarządzania ruchem na drogach oraz wykonywania nadzoru nad tym zarządzaniem (tj. Dz.U. 2017 poz. 784), projekt organizacji ruchu jest pojęciem legalnym. Zgodnie z § 9 rozporządzenia, prowadzona jest ewidencja projektów, którym nadawane są oddzielne numery.

Jak zauważył Odwołujący, w wykazie osób złożonym na wezwanie Zamawiającego, wykonawca nie wskazał żadnych konkretnych informacji o doświadczeniu pana A. C. . W Formularzu oferty DPJ System D. M. w tabeli z wykazem doświadczenia projektanta (dla celów oceny ofert) brak jest informacji o długości dróg objętych opracowaniem. W związku z tym, zdaniem Odwołującego, uznać należy, że z dokumentów złożonych przez DPJ System D. M. nie wynika, aby p. A. C. posiadał wymagane w warunku doświadczenie.

Odwołujący podniósł, że te same projekty, które zostały wskazane w Formularzu oferty, DPJ System D. M. przedstawił w celu wykazania warunku doświadczenia wykonawcy. W uzupełnionym wykazie wykonanych usług znajduje się więcej informacji o wykonanych projektach. Jako że DPJ System D. M. wskazał na udział p. A. C. w wykonywaniu tych samych dwóch projektów, które są wskazane na potwierdzenie doświadczenia wykonawcy, Odwołujący odniósł się zapobiegawczo również do informacji w nich wskazanych. DPJ System D. M. wskazał udział p. A. C. w realizacji dwóch umów, z których każda obejmowała kilkadziesiąt osobnych projektów punktowych. Jednak żaden z tychże projektów nie obejmował 50 km dróg publicznych – były to projekty obejmujące znacząco krótsze odcinki takich dróg, np. w przypadku realizacji w Warszawie Wawer wykonawca wskazał na 36 lokalizacji oraz łączną długość 52,4 km. Zdaniem Odwołującego, nie jest możliwe, żeby wykonawca wykonał jeden projekt o długości dróg ponad 50 km w ramach tego zadania. Ponadto, samo wykonanie projektu przez wykonawcę nie oznacza, że w jego opracowaniu brał udział p. A. C. - wykonawca mógł korzystać z innych projektantów.

Wobec powyższego, Odwołujący stwierdził, że wykazanie doświadczenia osoby nie może być uznane za prawidłowe, a wykonawca nie spełnia postawionego w postępowaniu warunku udziału.

Odwołujący podniósł ponadto, że zgodnie z posiadanymi informacjami, p. A. C. nie brał udziału w realizacji projektów na rzecz Zarządu Dróg i Zieleni w Gdyni ani na rzecz Urzędu Dzielnicy Wawer m. st. Warszawy. Wykonawca DPJ System D. M. przedstawił informacje nieprawdziwe, gdyż projekty organizacji ruchu były wykonywane przez inne osoby.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy.

ZARZUT w zakresie niespełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej dot. doświadczenia wykonawcy

Odwołujący podał, że wraz z ofertą wykonawca DPJ System D. M. przedstawił wykaz usług na potwierdzenie spełniania warunku doświadczenia, o którym mowa w rozdziale VII, pkt 4) lit. a) SWZ. Wykonawca DPJ System D. M. umieścił w wykazie informacje, że wykonał dwie usługi. Pierwsza z nich miała obejmować Projekt stałej organizacji wraz z

zatwierdzeniem dla dzielnicy Działki Leśne, Grabówek oraz Wzgórze Św. Maksymiliana w Gdyni, a łączna długość dróg publicznych, gminnych, powiatowych i wojewódzkich objętych projektem miała wynosić 57,6km. Druga miała obejmować Opracowanie projektów zmian w zakresie remontu istniejącej i wprowadzaniu nowej, stałej organizacji ruchu w 36 lokalizacjach na terenie Dzielnicy Wawer w Warszawie – projekty stałej organizacji ruchu z zatwierdzeniem, a łączna długość dróg publicznych gminnych objętych projektami miała wynieść 52,4 km.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z rozporządzeniem w sprawie szczegółowych warunków zarządzania ruchem na drogach oraz wykonywania nadzoru nad tym zarządzaniem, projekt organizacji ruchu jest pojęciem legalnym. Zgodnie z § 9 rozporządzenia, prowadzona jest ewidencja projektów, którym nadawane są oddzielne numery.

Odwołujący stwierdził, że Wykonawca DPJ System D. M. nie wykazał projektu (całości rozwiązania projektowego) obejmującego 50 km dróg gminnych. Wykazał jedynie, że wykonał umowę, w ramach której wykonał wiele (kilkadziesiąt projektów), które łącznie przekroczyły wymaganą długość 50 km. Odwołujący wskazał, że informacje te zostały przedstawione niezgodnie ze stanem faktycznym. Żadna z umów przedstawionych w wykazie usług nie obejmowała nawet łącznie opracowania projektowego dla dróg o długości ponad 50 km.

Zdaniem Odwołującego, odczytanie warunku w taki sposób, który dopuszcza kilkadziesiąt projektów o małej długości dróg objętych opracowaniem, nie odpowiada intencji warunku udziału w postępowaniu i jest niezgodne z jego prawidłowym odczytaniem.

ZARZUT dotyczący zaniechania wykluczeniu z postępowania wykonawcy ze względu na przedstawienie informacji nieprawdziwych

Odwołujący stwierdził, że jest w posiadaniu informacji, z których wynika, że podawana łączna długość dróg objętych projektami przez wykonawcę DPJ System D. M. w wykazie jest nieprawdziwa, jak też, że w opracowaniu tychże projektów nie brał udziału pan A. C. . Odwołujący poinformował, iż wystąpił o udostępnienie stosownych informacji w trybie dostępu do informacji publicznej. Odwołujący zadeklarował, że przedstawi dokumenty potwierdzające, że wykonawca DPJ System D. M. wprowadził Zamawiającego w błąd co do spełnienia warunku doświadczenia na rozprawie.

W dniu 21 lipca 2022 r. (pismem z dnia 20 lipca 2022 r.) Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględni przedstawiony przez

Odwołującego zarzut nr 1.

Zamawiający stwierdził, że warunek udziału w postępowaniu sformułowany w rozdziale VII ust. 1 pkt 4 lit b SWZ należy interpretować w ten sposób, że wykonawca musi dysponować osobą, która posiada doświadczenie w opracowaniu przynajmniej jednego projektu organizacji ruchu, który obejmował drogi o kategorii minimum gminnej, o długości nie mniejszej niż 50 km. Ponadto, taki projekt musiał uzyskać zatwierdzenie przez organ zarządzający ruchem w okresie ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert. Powyższe oznacza, że istotnym jest, by pojedynczy projekt obejmował drogi o długości minimum 50 km. Nie powinno być uznawane za spełnienie warunku wykazanie doświadczenia w zakresie wykonania kilku projektów, które dotyczyły dróg o łącznej długości 50 km.

Jak wskazał Zamawiający, wykonawca DPJ System D. M. powołał się na doświadczenie p. A. C. w opracowaniu dwóch projektów organizacji ruchu: dla Zarządu Dróg i Zieleni w Gdyni o długości 57,6 km dróg oraz dla Dzielnicy Wawer o długości 52,4 km dróg.

Zamawiający poinformował, że na etapie ostatecznej oceny ofert wykazanie przez ww. wykonawcę nie budziło wątpliwości z uwagi na podane powyżej parametry, które formalnie odnoszą się do projektów organizacji dróg o długości ponad 50 km. Z tego względu Zamawiający uznał, że wykonawca ten warunek spełnia. We wniesionym odwołaniu wskazano, że w istocie wykazane usługi na rzecz Zarządu Dróg i Zieleni w Gdyni oraz Dzielnicy Wawer nie stanowiły jednego opracowania, ale stanowiły usługę na kilkadziesiąt projektów punktowych o łącznej długości dróg ponad 50 km.

Zamawiający podał, że w dniu 19 lipca 2022 r. unieważnił przeprowadzoną czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w ww. postępowaniu dokonaną w dniu 8 lipca 2022 r. oraz zawiadomił o powtórzeniu czynności oceny ofert. Zamawiający poinformował, że po dokonaniu oceny ofert podejmie dalsze czynności w sprawie, w tym decyzję w zakresie odrzucenia oferty D. M. .

Odnosząc się do zarzutu nr 2 Zamawiający oświadczył, że nie uwzględnia przedmiotowego zarzutu. Zamawiający stwierdził przy tym, że w kontekście unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty nie ma to istotnego znaczenie dla rozpoznania sprawy.

Zamawiający ocenił zarzut nr 2 jako dodatkowy, który miałby wzmocniać argumentację Odwołującego w zakresie podstaw do odrzucenia oferty DPJ System D. M.. Zamawiający uznał przywołaną w zarzucie nr 2 argumentację za nietrafioną.

Zamawiający zauważył, że przy tym warunku Zamawiający posługuje się innymi

pojęciami, takimi jak „usługa” oraz „łącznej długości”. W ocenie Zamawiającego, użycie tych wyrażeń zmienia sposób intencji Zamawiającego. Wobec powyższego, zdaniem Zamawiającego, powyższy warunek należy interpretować w ten sposób, że wykonawca musi wykazać, że ma doświadczenie w realizacji usług obejmujących projekty organizacji ruchu dla dróg o łącznej długości min. 50 km. Zamawiający nie przewidział zatem, że wykonawca musi posiadać doświadczenie w sporządzeniu jednego projektu odnoszącego się do dróg o długości min. 50 km. Jako spełnienie warunku należy uznać taki stan faktyczny, w którym wykonawca wykaże doświadczenie w przygotowaniu kilku, kilkunastu lub kilkudziesięciu projektów organizacji ruchu, które to projekty razem wzięte, łącznie objęły swoim opracowaniem minimum 50 km dróg. Tak ustalone projekty należy dodatkowo odnieść do wymaganego przez Zamawiającego okresu ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert.

Zamawiający podał, że wykonawca DPJ System D. M. wskazał, że zrealizował w okresie ostatnich 5 lat projekty organizacji ruchu: dla Zarządu Dróg i Zieleni w Gdyni o łącznej długości 57,6 km dróg oraz dla Dzielnicy Wawer o łącznej długości 52,4 km dróg. Powyższe dane wskazują, zdaniem Zamawiającego, że warunek został spełniony, gdyż łączna długość dróg, ujętych we wszystkich projektach organizacji ruchu, wskazanych przez wykonawcę, jest większa niż 50 km i wykonał co najmniej 2 usługi.

Zamawiający stwierdził, że powyższe nie ma istotnego znaczenia w kontekście unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i ponownej oceny ofert przez Zamawiającego.

Zamawiający podniósł, że zgodnie z treścią art. 552 ust. 1 ustawy Pzp, wydając orzeczenie Izba bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony na moment zamknięcia rozprawy. Ustawodawca przewidział sytuację, w której może dojść do zmian w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający zaznaczył, że przepisy ustawy nie zobowiązują zamawiającego do zawieszenia postępowania o udzielenie zamówienia, wobec wniesionego odwołania.

Zdaniem Zamawiającego, skoro Izba wydając orzeczenie zobowiązana jest uwzględnić stan rzeczy ustalony w toku postępowania, zobowiązana jest również uwzględnić czynności Zamawiającego, które miały miejsce po wniesionym odwołaniu - do czasu zamknięcia rozprawy. W konsekwencji unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, czynności tej nie ma w postępowaniu wobec anulowania jej przez Zamawiającego. Wobec powyższego, w ocenie Zamawiającego, nie istnieje tym samym już substrat zaskarżenia. Izba zaś, jako organ kontrolujący czynności Zamawiającego w postępowaniu, nie może za Zamawiającego (komisję przetargową) bądź równolegle z nim, dokonywać czynności w postępowaniu, a jedynie badać prawidłowość dokonanych już

czynności. Z powyższego wynika, jak stwierdził Zamawiający, że również czynności dokonane przez Zamawiającego w prowadzonym postępowaniu po wniesieniu odwołania składają się na stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego. Zamawiający uznał, że jeżeli nowe czynności spowodowały usunięcie objętych zarzutami naruszeń przepisów ustawy, podtrzymane w tym zakresie odwołanie podlega oddaleniu z uwagi na brak wpływu tych naruszeń na wynik postępowania o udzielenie zamówienia w dacie wyrokowania.

Mając na względzie powyższe Zamawiający przyjął, że zadaniem Izby jest rozstrzygnięcie na datę zamknięcia rozprawy. Z tego względu, wobec skarżenia przez wykonawcę czynności wyboru danej oferty jako oferty najkorzystniejszej, która to czynność na moment zamknięcia rozprawy nie będzie istnieć, w ocenie Zamawiającego, Izba nie ma podstaw prawnych do stwierdzenia naruszenia, wobec okoliczności, że Zamawiający unieważnił skarżoną czynność. Zamawiający stwierdził, że czynności dokonane przez Zamawiającego po unieważnieniu wyboru oferty najkorzystniejszej stanowią nowe czynności w postępowaniu, a Odwołującemu będą przysługiwały instrumenty prawne umożliwiające wniesienie odrębnego odwołania (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 kwietnia 2021 r., KIO 967/21).

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości z uwagi na brak substratu zaskarżenia.

Wobec powyższych ustaleń, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze. Stosownie do 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*. Zbędność postępowania odwoławczego wynika z faktu, że czynność, wobec której wniesione zostało odwołanie, na dzień rozpoznawania przedmiotowej sprawy przez Izbę, nie istnieje. Wobec unieważnienia przez Zamawiającego czynności z dnia 8 lipca 2022 r. objętej odwołaniem, nie istnieje tzw. substrat zaskarżenia niezbędny do tego, aby Izba mogła rozpoznać odwołanie merytorycznie. Powyższe powoduje, że postępowanie odwoławcze staje się zbędne, gdyż przedmiot zaskarżenia przestał istnieć, co stanowi podstawę umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 568 pkt 2 ustawy Pzp. Zaskarżenie czynności, która w kształcie wskazanym w odwołaniu już nie istnieje, nie daje podstaw Izbie do stwierdzenia naruszenia przepisów przez Zamawiającego i nie może być podstawą do wydania orzeczenia merytorycznego. W wyniku przeprowadzenia nowych czynności przez Zamawiającego, Odwołującemu będzie przysługiwało prawo do wniesienia odwołania od ewentualnie stwierdzonych przez wykonawcę wadliwych czynności lub

zaniechań Zamawiającego. Na chwilę wydania przedmiotowego postanowienia, w obecnym kształcie postępowanie odwoławcze utraciło sens wobec unieważnienia czynności Zamawiającego, która były przedmiotem zaskarżenia.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła 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). Izba postanowiła znieść wzajemnie koszty postępowania odwoławczego oraz zwrócić Odwołującemu kwotę 7 500 zł uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący :