

POSTANOWIENIE

z dnia 18 marca 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału Stron i Uczestnika postępowania w dniu **18 marca 2021 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **3 marca 2021 roku** przez wykonawcę Odwołującego - **Ciepłownik Ekoinwestycje Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Plewiskach**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Zarząd Komunalnych Zasobów Lokalowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu**

przy udziale wykonawcy **ADEXBUD Przedsiębiorstwo Montażowo Budowlane Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Obornikach**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **po stronie Zamawiającego**

postanawia:

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze;**
- 2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 10 000zł 00 gr (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) kwoty uiszczzonego wpisu na rzecz wykonawcy Odwołującego - Ciepłownik Ekoinwestycje Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Plewiskach**

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2019 r., poz. 2019 ze zmianami) 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

Dnia 3 marca 2021 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w oparciu o art. 513 pkt 1) w zw. z art. 515 ust 2 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych /Dz.U.2019r., poz. 2019 ze zmianami/ stosowanym na mocy dyspozycji art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę Prawo zamówień publicznych /Dz.U.2019r., poz. 2020/, zwana dalej „ustawą Pzp2019” odwołanie złożył Wykonawca – **Ciepłownik Ekoinwestycje Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Plewiskach** (dalej jako „Odwołujący”).

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Przebudowę i remont budynków wielorodzinnych Kilińskiego 4 i Kilińskiego 5” prowadzi Zamawiający – **Zarząd Komunalnych Zasobów Lokalowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu**. Postępowanie ogłoszono w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 30 grudnia 2020 roku pod nr 772420-N-2020.

Odwołanie złożono w zakresie Części I od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań czynności przez Zamawiającego polegających na:

- ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu wybranego Wykonawcy w części dotyczącej uznania, że wskazany podmiot trzeci będzie realnie uczestniczył w wykonaniu zamówienia stosownie do udostępnionego zasobu doświadczenia Wybranemu Wykonawcy w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu;
- ocenie lub zaniechaniu oceny wyjaśnień złożonych przez wybranego Wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny wybranej oferty i uznania, że wybrana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
- wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zamawiającemu zarzucono następujące naruszenia przepisów Pzp:

1) art. 22a ust. 1 Pzp w związku z art. 22a ust. 4 Pzp polegające na uznaniu, że podmiot trzeci, z doświadczenia którego korzysta wybrany Wykonawca korzysta celem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, zrealizuje roboty budowlane zamówienia, do realizacji których jego zdolności (doświadczenie) zostały wskazane, ponieważ z oświadczeń podmiotu oraz oświadczeń wybranego Wykonawcy wprost wynika, że wskazany podmiot trzeci nie będzie realizował zamówienia w adekwatnym zakresie do udostępnionego doświadczenia;

2) naruszenie art. 7 ust. 1 PZP w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4) i art. 90 ust. 3 Pzp tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, polegające na zaniechaniu lub niedokonaniu należytego badania treści wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Adexbud PMB Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Obornikach, w efekcie zaniechaniu odrzucenia oferty tego wykonawcy z uwagi na rażąco niską cenę jego oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia, co potwierdzają złożone wyjaśnienia.

Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty ogłoszonego 26 lutego 2021 roku;
- 2) odrzucenie oferty wybranego Wykonawcy z uwagi na to, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 3) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania, oceny ofert, w tym oferty Odwołującego;
- 4) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego wraz z kosztami dojazdu na rozprawę według norm przepisanych.

Odwołujący wskazał, że złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę, która w wyniku oceny ofert przez Zamawiającego uplasowała się na drugim miejscu z sumą punktów 84,50. Maksymalną liczbę 100 punktów spośród wszystkich złożonych ofert zdobyła oferta złożona przez Wykonawcę Adexbud PMB Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Obornikach. Na skutek zaniechań lub błędów Zamawiającego przy badaniu i ocenie ofert oferta Wybranego Wykonawcy nie została odrzucona z uwagi na rażąco niską cenę i niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Gdyby Zamawiający nie popełnił błędów lub zaniechań przy ocenie oferty wybranego Wykonawcy, w szczególności przy ocenie wyjaśnień wykonawcy dot. rażąco niskiej ceny, oraz oceny spełniania warunku udziału w zakresie realnego udostępnienia zasobu doświadczenia na potrzeby wykonania przedmiotowego zamówienia, to Zamawiający odrzuciłby ofertę wybranego Wykonawcy, co otworzyłoby drogę Odwołującemu do uzyskania przedmiotowego zamówienia. W przypadku pozostawienia wyboru Zamawiającego bez zaskarżenia odwołaniem Odwołujący poniósłby szkodę w postaci nie uzyskania przedmiotowego zamówienia, co skutkowałoby pozbawieniem go przychodów, referencji oraz zysku skalkulowanego w ofercie oraz pozbawienia go szansy konkurowania o przedmiotowe zamówienie na równych i jasnych zasadach.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ustalono, że odwołanie wniesiono zostało w ustawowym terminie. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu. Odwołujący uścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP. Odwołanie nie zawierało więc braków formalnych i podlegało merytorycznemu rozpoznaniu.

W związku z tym, że postępowanie o udzielenie niniejszego zamówienia zostało wszczęte przed 1 stycznia 2021 r., jest ono prowadzone na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), stosownie do art. 92 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020 ze zm.), który stanowi, że *do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe.*

Jednocześnie przepisy ustawy z Prawo zamówień publicznych z 11 września 2019 r. (tekst jednolity Dz.U.2019 r., poz. 2019 ze zmianami) znajdują zastosowanie do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie. Zgodnie bowiem z art. 92 ust. 2 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych, *do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 roku stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1.*

Skład orzekający Izby ustalił, iż do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego, na podstawie art. 525 ustawy PZP2019, złożył wykonawca **ADEXBUD Przedsiębiorstwo Montażowo Budowlane Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Obornikach**. Izba potwierdziła skuteczność złożonego przystąpienia.

W dniu 15 marca 2021 roku Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której uznał w całości zarzuty Odwołującego, bowiem celem prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zawarcie ważnej i niepodlegającej unieważnieniu umowy z wybranym wykonawcą zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Zamawiający oświadczył, że unieważni czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w części I zamówienia, a następnie powtórzy czynność badania i oceny ofert oraz czynność wyboru oferty najkorzystniejszej.

Przystępujący w dniu 15 marca 2021 roku został zarządzeniem wyznaczonego do rozpoznania niniejszej sprawy składu wezwany do złożenia oświadczenia w przedmiocie korzystania z prawa do wniesienia sprzeciwu w terminie 3 dni od dnia otrzymania wezwania.

Przystępujący w dniu 17 marca 2021 roku oświadczył, iż nie będzie korzystał z prawa do wniesienia sprzeciwu. Oświadczenie zostało złożone przez osobę uprawnioną do reprezentacji wykonawcy.

Powyższe oznacza, że postępowanie odwoławcze – stosownie do dyspozycji art. 522 ust. 2 oraz art. 568 pkt 3 ustawy PZP201`9 – należało umorzyć.

W sytuacji umorzenia postępowania w związku z uwzględnieniem zarzutów, ustawodawca nałożył na Zamawiającego obowiązek wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Zamawiający zatem zobowiązany jest do dokonania czynności, w taki sposób, który uczyni zadość postulatом postawionym w odwołaniu.

Skoro Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że po przeanalizowaniu stanowiska Odwołującego uznał w całości słuszność argumentacji Odwołującego i uwzględnił odwołanie, natomiast przystępujący do postępowania po stronie Zamawiającego podmiot, który mógłby skorzystać z prawa do wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnionych zarzutów, nie skorzystał z przysługującego mu prawa, to stwierdzić należy, że - stosownie do dyspozycji art. 522 ust. 2 ustawy Pzp, postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu.

Zatem mając na uwadze, że:

1. Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu,
2. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy, którzy nie skorzystali z prawa do wniesienia sprzeciwu

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza wzięła pod uwagę okoliczność, iż uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia i rozprawy, zatem koszty te znoszą się wzajemnie stosownie do § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz

wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczzonego przez Odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:

.....