

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 18 października 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Andrzej Niwicki**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 18 października 2023 r. w Warszawie wniosku z dnia 13 października 2023 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez Zamawiającego: **Podkarpackie Centrum Innowacji Sp. z o.o.**, ul. Lenartowicza 4, 35-051 Rzeszów, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa i montaż instalacji fotowoltaicznej na potrzeby Podkarpackiego centrum Innowacji” (publikacja ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr Dz.U./S S149 04/08/2023 472476-2023-PL).

**postanawia:**

**uchylić zakaz zawarcia umowy w związku z wniesieniem odwołania na czynności Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.**

**U z a s a d n i e**

Zamawiający złożył dnia wnioski o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

W opinii Zamawiającego w sprawie zachodzą obydwie z przesłanek wymienionych w art. 578 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Stwierdził, że Odwołujący, tj. ML System+ Sp. z o.o. z siedzibą w Zaczerniu nie ma legitymacji do złożenia odwołania z uwagi na fakt, iż jego oferta podlegała odrzuceniu z uwagi na niezachowanie warunków formalnych postępowania.

Wskazał, że w treści SWZ oraz ogłoszenia ustalił obligatoryjność dokonania wizji lokalnej przez Wykonawców biorących udział w postępowaniu, ustalając jej termin na 28 sierpnia 2023 r. pouczając przy tym, że brak odbycia wizji będzie skutkowało odrzuceniem oferty na podstawie

art. 226 ust. 1 pkt 18 ustawy Pzp. Przed rozpoczęciem wizji lokalnej została sporządzona lista obecności, a na dowód potwierdzenia udziału danego Wykonawcy Zamawiający wymagał złożenia pełnomocnictw, z których jasno miała wynikać informacja w zakresie nazwy Wykonawcy (podmiotu biorącego udział w wizji. Odwołujący zamierzając złożyć ofertę, jako grupa kapitałowa, winien był sporządzić pełnomocnictwa w taki sposób, aby wynikała z nich informacja o istnieniu możliwości złożenia na późniejszym etapie oferty przez ML System+ Sp. z o.o. 28 sierpnia 2023 r. w wizji lokalnej na podstawie listy obecności oraz złożonych pełnomocnictw, w formie elektronicznej, przekazanych poprzez środki komunikacji elektronicznej udział wzięły potencjalny Wykonawca – ML System S.A.

Oferta zaś została złożona przez ML System+ Sp. z o.o. – czyli inny podmiot prawny, bez odbycia wizji lokalnej, dlatego też oferta tego podmiotu podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 18) ustawy Pzp, o czym Zamawiający poinformował Wykonawców w dniu 02 października 2023 roku. Odwołujący – ML System+ Sp. z o.o. nie miał zatem interesu w uzyskaniu zamówienia, gdyż jego oferta już na wstępie podlegała odrzuceniu, ze względu na brak odbycia wizji lokalnej.

Zamawiający, chcąc zrealizować inwestycję, był zobligowany dokonać przesunięć środków finansowych, poprzez składanie oficjalnych wniosków i otrzymanie stosownego pozwolenia, co było procesem długotrwałym i etapowym (w załączeniu potwierdzenie przesunięcia realizacji projektu oraz możliwości przesunięcia środków finansowych) i trwało aż do 20 lipca 2023 roku, co wskazuje na brak możliwości przeprowadzenia postępowania w czasie wcześniejszym.

Zamawiający dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej 22 września 2023 roku, publikując zawiadomienie o wyborze na stronie internetowej prowadzonego postępowania oraz przekazując je za pomocą środków komunikacji elektronicznej Wykonawcom biorącym udział w postępowaniu.

Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z treścią Specyfikacji Warunków Zamówienia, na podstawie złożonej oferty oraz podmiotowych środków dowodowych, które w ocenie Zamawiającego są kompletne, a z ich treści wynika, iż Wykonawca spełnia warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu. Ponadto Zamawiający nie odstąpił od weryfikacji doświadczenia Wykonawcy – Firbrain Sp. z o.o. oraz nie odstąpił od wezwania wybranego Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w powyższym zakresie, na co wskazują załączone dowody do wniosku.

Powyższe wskazuje, iż Odwołujący działał niespójnie, co pozwala na przypuszczenie, że jego działanie nastawione jest jedynie na doprowadzenie do sytuacji, w której Zamawiający nie będzie w stanie zawrzeć umowy, gdyż przedłużające się odwołanie, wpłynie na niemożność wykonania zadania do dnia 15 grudnia 2023 roku, a Zamawiający nie będzie mógł ponowić postępowania ze względu na fakt, iż środki finansowe, którymi obecnie dysponuje po

zakończeniu projektu będzie zmuszony zwrócić, jako środki niewykorzystane. Zamawiający nie będzie miał więcej możliwości na pozyskanie nowych środków celem realizacji zadania. Założeniem jest, realizacja od 01 stycznia 2024 roku przez Zamawiającego nowego projektu finansowanego w 100% ze środków unijnych, niemniej jednak o całkowicie innym charakterze niż dotychczasowy, gdzie nie będzie możliwości wykonania przedmiotowego zadania, a brak jego wykonania przyczyni się do podwyższenia kosztów utrzymania Podkarpackiego Centrum Innowacji.

Wykonawca ML System+ Sp. z o.o., nie wziął udziału w obligatoryjnej wizji lokalnej, przez co naraził się na odrzucenie jego oferty w myśl art. 226 ust. 1 pkt 18 ustawy Pzp, złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu na kwotę stanowiącą przekraczającą budżet zamawiającego.

Zamawiający podkreślił pilność udzielenia zamówienia, zasady finansowania i terminy wymagane dla podjęcia skutecznych czynności dla zachowania realności uzyskania dofinansowania udzielonego przez niego zamówienia.

Na podstawie wniosku złożonego przez Zamawiającego **Krajowa Izba Odwoławcza** ustaliła i zważyła co następuje:

wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby niesporne jest stwierdzenie zawarte we wniosku, że odwołanie zostało wniesione przez wykonawcę w celu uniemożliwienia zawarcia umowy z wybranym wykonawcą, na warunkach ustalonych w przeprowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Jest przy tym znacząco prawdopodobne, że wniesione odwołujący zmierza do uniemożliwienia zawarcia umowy z wybranym wykonawcą przy jednoczesnym własnym statusie wskazującym na zaistnienie przesłanek odrzucenia jego oferty. Niesporny opis stanu faktycznego dotyczący podmiotu uczestniczącego w obligatoryjnej wizji lokalnej odmiennego od wykonawcy składającego ofertę, z uwzględnieniem faktu, że odwołujący który złożył ofertę przy jednoznacznych zapisach specyfikacji warunków zamówienia o skutkach braku uczestnictwa w wizji lokalnej, wskazuje na zasadność takiej konkluzji.

Izba potwierdza brak tożsamości podmiotowej dwóch odrębnych spółek, tj. spółki akcyjnej i spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, z których jedna wzięła udział w wizji lokalnej, druga zaś złożyła ofertę, a następnie złożyła odwołanie; ocena powyższa jest jednoznaczna i niezależna od powiązań kapitałowych lub osobowych, w tym zależności wynikających z takich powiązań między spółkami.

Można przyjąć, że wykonawca - oferent doprowadził celowo do zablokowania, a co najmniej spowolnienia w działaniach zamawiającego mających na celu zaspokajanie potrzeb publicznych przez zamawiającego.

Po analizie argumentacji przedstawione we wniosku, jak też po zapoznaniu się z treścią złożonego odwołania Izba doszła do przekonania, że Zamawiający przekonująco uprawdopodobnił, że odwołanie wnoszone jest również w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

Izba uznała zatem, że w przedmiotowym postępowaniu zachodzą merytoryczne przesłanki uchylenia zakazu zawarcia umowy wskazane w art. 578 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

Z uwagi na powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji.

Stosownie do art. 578 ust. 4 zdanie 2 ustawy Pzp na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

**Skład orzekający:**

.....