

POSTANOWIENIE
z dnia 28 czerwca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 28 czerwca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 czerwca 2017 r. przez wykonawcę: **POLAQUA Sp. z o.o., ul. Dworska 1, Wólka Kozodawska, 05-500 Piaseczno**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Baranów, ul. Rynek 21, 63-604 Baranów**

przy udziale wykonawcy: **Zakład Usługowo-Handlowy „REM-KĘPNO” Sp. z o.o., ul. Brukowa 4, 63-645 Łęka Opatowska**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

- 1) umarza postępowanie odwoławcze;**
- 2) koszty postępowania odwoławczego znosi wzajemnie i nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy: POLAQUA Sp. z o.o., ul. Dworska 1, Wólka Kozodawska, 05-500 Piaseczno kwoty 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej tytułem wpisu.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, z późn. zm.) na postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Kaliszu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Baranów – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa kompleksu oświatowo-sportowego wraz z zagospodarowaniem terenu przy ulicy Orlika w miejscowości Baranów” (oznaczenie nadane przez Zamawiającego: GP.ZP.271.4.2017), na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawa Pzp” lub „Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem: 59274 w dniu 5 kwietnia 2017 r.

Odwolujący – POLAQUA Sp. z o.o. z siedzibą w Piasecznie – wniósł na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 179 ust. 1 w zw. z art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odwołanie od czynności Zamawiającego, polegającej na nieprawidłowej ocenie oferty wykonawcy Zakład Usługowo-Handlowy „REM Kępno” Sp. z o.o. z siedzibą w Łęce Opatowskiej (63-645), ul. Brukowa 4 („REM Kępno”), tj. z naruszeniem postanowień SIWZ, prowadzącej w konsekwencji do wyboru tej oferty jak najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów Pzp.

Zaskarżonej czynności Zamawiającego zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 oraz art. 91 ust. 1 przez niedopuszczalne prowadzenie negocjacji między Zamawiającym a REM Kępno dotyczących treści oferty, polegających na zwróceniu się przez Zamawiającego pismem z dnia 17 maja 2017 r. o wyjaśnienie oferty REM Kępno oraz uzyskaniu od tego wykonawcy wyjaśnień zawartych w piśmie z 19 maja 2017 r., a następnie niedopuszczalne dokonanie zmiany istotnych elementów oferty REM Kępno, stanowiących podstawę nieuzasadnionego uzyskania przez REM Kępno dodatkowych 4 punktów przy ocenie jego oferty, w związku z przedstawioną osobą przewidzianą na funkcję Przedstawiciela Wykonawcy, która to oferta w pierwotnej wersji nie zawierała tej istotnej informacji w załączniku nr 5 stanowiącym integralną treść oferty REM Kępno, niepodlegającym uzupełnieniu, poprawieniu, ani wyjaśnieniu zgodnie z pkt XVI.4 SIWZ;
2. art. 87 ust. 1 przez skierowanie do wykonawcy REM Kępno pismem z dnia 17 maja 2017 r. wezwania do wyjaśnień okoliczności, które zgodnie z pkt XVI.4 SIWZ nie podlegały uzupełnieniu, poprawieniu ani wyjaśnieniu;
3. art. 91 ust. 1 przez wybór oferty REM Kępno jako najkorzystniejszej, mimo że na podstawie kryteriów oceny ofert przewidzianych w SIWZ, oferta REM Kępno nie stanowiła

oferty najkorzystniejszej, w szczególności wskutek nieuzasadnionego przyznania wykonawcy REM Kępno dodatkowych 4 punktów przy ocenie przedstawionej przez tego wykonawcę osoby przewidzianej na funkcję Przedstawiciela Wykonawcy, mimo że w treści oferty nie wykazano, że osoba ta posiada doświadczenie w realizacji kontraktów w oparciu o Warunki Kontraktowe FIDIC lub równoważne (treść załącznika nr 5 stanowiącego integralną treść oferty REM Kępno niepodlegającego uzupełnieniu, poprawieniu, ani wyjaśnieniu zgodnie z pkt XVI.4 SIWZ nie wykazywała spełniania tego warunku);

4. art. 91 ust. 1 przez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, która jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert złożonych w postępowaniu i niepodlegających odrzuceniu;
5. art. 87 ust. 1 w zw. z art. 38 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 przez dokonanie niedopuszczalnej zmiany treści SIWZ po terminie składania ofert i z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców, bowiem nastąpiła ona w wezwaniu skierowanym jedynie do REM Kępno i nie była znana innym wykonawcom, w tym Odwołującemu, polegającej na rozszerzeniu definicji „Warunków Kontraktowych FIDIC lub równoważnych” opisanej w pkt XVI.4.1) SIWZ, zgodnie z którą za umowę zgodną z „Warunkami Kontraktowymi FIDIC lub równoważnymi” należało uznać także każdą umowę, na mocy której strony samodzielnie dostosowały Warunki Kontraktowe FIDIC, tworząc tzw. nienazwane warunki kontraktowe równoważne do WK FIDIC, podczas, gdy interpretacja tego pojęcia zawarta w pkt XVI.4 SIWZ pierwotnie nie odwoływała się w ogóle do tzw. nienazwanych warunków kontraktowych, samodzielnie dostosowanych przez strony w celach stworzenia nienazwanych warunków kontraktowych równoważnych do WK FIDIC;
6. art. 7 ust. 1 przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności:

1. unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty;
2. przeprowadzenia ponownej oceny ofert z uwzględnieniem tego, że wykonawcy REM Kępno nie przysługują żadne dodatkowe punkty w podkryterium „Doświadczenie Przedstawiciela Wykonawcy”;
3. wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;
 4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Zamawiający wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej w dniu 26 czerwca 2017 r., w której zamieścił oświadczenie, że „(...)

postanowił po przeanalizowaniu zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznać zarzuty odwołującego.

Zamawiający potwierdza, że zarzuty odwołującego są wynikiem skierowanego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy p.z.p. do wykonawcy „REM Kępno” nieuzasadnionego wezwania do wyjaśnienia treści złożonego wraz z ofertą Załącznika nr 5 pn. „Wykaz punktowanego doświadczenia” pomimo dokonanych w rozdziale XVI 4 SIWZ jednoznacznych zapisów dotyczących zasad oceny ofert w kryterium „Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia”.

W rozdziale XVI SIWZ Zamawiający dokonał zapisu następującej treści cyt. „załącznik pn. „Wykaz punktowanego doświadczenia” nie stanowi dokumentu składanego w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu wobec czego nie podlega uzupełnieniu, poprawieniu ani wyjaśnieniom. W przypadku niekompletnych informacji w zakresie wymaganego doświadczenia, uniemożliwiających jednoznaczną ocenę, czy opisane doświadczenie Przedstawiciela wykonawcy i Kierownika budowy spełnia wszystkie opisane wymagania, wykonawca otrzyma 0 punktów”.

Zamawiający zgadza się z odwołującym, że z uwagi na w/w wskazane zasady przyznawania punktów za poszczególne kryteria oceny ofert, po stwierdzeniu braku informacji w zakresie prowadzenia robót w oparciu o Warunki Kontraktowe FIDIC lub równoważne w złożonym „Wykazie punktowanego doświadczenia” nie powinien wzywać wykonawcy do wyjaśnienia niekompletnego załącznika a tym samym nie powinien przyznać w wyniku udzielonych wyjaśnień punktów ofercie REM Kępno za podkryterium „Doświadczenie Przedstawiciela Wykonawcy”. Oferta powinna była uzyskać 0 punktów.

Biorąc powyższe pod uwagę Zamawiający na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu Wykonawcy – POLAQUA Sp. z o.o. i zobowiązuje się do wykonania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu tj.:

- unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty;
- przeprowadzenia ponownej oceny ofert z uwzględnieniem tego, iż wykonawcy REM Kępno nie przysługują żadne dodatkowe punkty za podkryterium „Doświadczenie Przedstawiciela Wykonawcy”;
- wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.”

Wykonawca Zakład Usługowo-Handlowy „REM-KĘPNO” Sp. z o.o. z siedzibą w Łęce Opatowskiej przystąpił skutecznie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego stając się uczestnikiem postępowania odwoławczego. W zgłoszeniu przystąpienia wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezprzedmiotowego.

Wezwany do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu, oświadczył, że nie wnosi sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (pisma z 27 i 28 czerwca 2017 r.).

Krajowa Izba Odwoławcza uznała na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, że zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu w rozumieniu art. 186 ust. 3 ustawy Pzp.

Uwzględnienie w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu nie budziło wątpliwości, zatem Izba umorzyła postępowanie odwoławcze na podstawie art. 186 ust. 3 ustawy Pzp.

W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp Izba uwzględniła przepisy art. 186 ust. 6 pkt 2 lit. b tej ustawy oraz § 5 ust. 1 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238, z późn. zm.) – koszty postępowania odwoławczego zniósła wzajemnie i nakazała dokonanie zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący: