

Sygn. akt: KIO 2087/19

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 24 października 2019 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Kisiel**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 24 października 2019 r. w Warszawie odwołania z dnia 16 października 2019 r., wniesionego przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Inżynierii Wodnej i Ochrony Środowiska spółka z o.o. z siedzibą w Oleśnicy przy ul. Południowej 1** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Skomlin z siedzibą w Skomlinie przy ul. Trojanowskiego 1**

**postanawia:**

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Przedsiębiorstwo Inżynierii Wodnej i Ochrony Środowiska spółka z o.o. z siedzibą w Oleśnicy przy ul. Południowej 1** kwoty **10 000,00 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych)**, stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986) na niniejsze postanowienie w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Sieradzu.

**Przewodniczący: .....**

## **Uzasadnienie**

Gmina Skomlin z siedzibą w Skomlinie przy ul. Trojanowskiego 1 (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp” pt. „Budowa kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej wraz z przyłączami i przepompownią ścieków w miejscowościach Wróblew i Bojanów”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 5 września 2019 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 593581-N-2019.

W dniu 11 października 2019 r. Zamawiający, w formie elektronicznej, przekazał wykonawcy Przedsiębiorstwo Inżynierii Wodnej i Ochrony Środowiska spółka z o.o. z siedzibą w Oleśnicy przy ul. Południowej 1 (dalej: „Odwołujący”) informację o wyborze oferty najkorzystniejszej za którą została uznana oferta wykonawcy Wielobranżowego Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych Sp. z o. o. z siedzibą w Gdyni przy ul. Poli Gojawiczyńskiej 3C/7 (dalej: „WPRI”).

W dniu 16 października 2019 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej za którą została uznana oferta wykonawcy WPRI i zaniechań Zamawiającego w toku postępowania.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy przez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości oraz naruszenie innych pozostających w związku z art. 7 przepisów, tj.:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 36a ust. 1 i 2 Pzp przez bezpodstawne, bezzasadne i niezgodne z ustawą zaniechanie odrzucenia oferty WPRI jako niezgodnej z specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) w sytuacji, gdy Zamawiający określił w Rozdziale III pkt 1.3 SIWZ, że „wymaga aby następujące kluczowe części zamówienia były wykonane samodzielnie przez Wykonawcę tj. roboty budowlane związane z budową sieci kanalizacyjnej grawitacyjnej”, a wykonawca WPRI określił w pkt 10 Formularza ofertowego, że zleci podwykonawcy PHU LARIX Sp. z o.o. wykonanie części zamówienia, tj. odtworzenie nawierzchni

podczas, gdy Zamawiający określił w SIWZ (w tym m. in. we wzorze Formularza cenowego stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ), że w zakres robót dotyczących budowy sieci kanalizacji grawitacyjnej wchodzi roboty odtworzeniowe;

2. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, przez bezpodstawne, bezzasadne i niezgodne z ustawą zaniechanie wykluczenie WPRI z uwagi na niepotwierdzenie spełniania warunków udziału w Postępowaniu, ponieważ:

- zgodnie z treścią Rozdziału VI pkt 2b w zakresie sytuacji finansowej - „wymagane jest aby Wykonawca wykazał iż : posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w kwocie nie mniejszej niż 2 000 000,00 zł”, a przedstawione przez WPRI „Zaświadczenie o zdolności kredytowej” z dnia 19 września 2019 r. nie potwierdza spełniania tego warunku udziału w postępowaniu,
- wykonawca WPRI nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej określonego w Rozdziału VI pkt 2 c) SIWZ, zgodnie z którym Zamawiający wymagał wykazania przez Wykonawcę wykonania w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej 2-ch (dwóch) kontraktów na budowę kanalizacji sanitarnej z przyłączami i przepompownią ścieków o wartości pojedynczego kontraktu równej lub przekraczającej 2000.00,00 zł brutto, a WPRI przedstawiło w Wykazie Robót Budowlanych wykonanych w okresie ostatnich 5 lat pod poz. 2 zamówienie pn. „Budowa kanalizacji sanitarnej z odgałęzieniami w miejscowości Brzoza-Północ w Gminie Nowa Wieś Wielka” wykonane na rzecz Zamawiającego: Gmina Nowa Wieś Wielka, a z treści Wykazu Robót, ani z treści Poświadczenia z dnia 18 marca 2015 r. nie wynika, że w ramach zamówienia wykonano przyłącza do kanalizacji sanitarnej. Ponadto Zamawiający wymagał, żeby wykonawca legitymował się budową kanalizacji sanitarnej z przyłączami i przepompownią ścieków, a WPRI przedstawiło robotę budowlaną, w zakres której wchodziła budowa tłoczni ścieków, a nie przepompowni. W świetle powyższego mogło dojść do ewentualnego naruszenia art. 26 ust. 3 lub ust. 4 Pzp w zakresie zaniechania wezwania WPRI do wyjaśnień dotyczących złożonych dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu lub do uzupełnienia ww. dokumentów;

3. art. 24 ust. 1 pkt 16 lub pkt 17 Pzp, przez bezpodstawne, bezzasadne i niezgodne z ustawą zaniechanie wykluczenia wykonawcy WPRI, z uwagi na wprowadzenie Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W świetle powyższego mogło dojść do ewentualnego naruszenia art. 26 ust. 3 lub ust. 4 ustawy w zakresie zaniechania wezwania WPRI do wyjaśnień dotyczących złożonych dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu lub do uzupełnienia dokumentów;
4. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, przez bezpodstawne, bezzasadne i niezgodne z ustawą zaniechanie wykluczenia WPRI z uwagi na niepotwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale, ewentualnie naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp, przez bezpodstawne, bezzasadne i niezgodne z ustawą zaniechanie wezwania WPRI do uzupełnienia Wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia odpowiedzialnych za kontrolę jakości i kierowanie robotami budowlanymi w sytuacji, gdy Zamawiający określił w Rozdziale VI pkt 2 c.2) SIWZ, że „Osoba odpowiedzialna za kontrolę jakości robót budowlanych, która będzie pełnić funkcję Kierownika budowy powinna przedstawić swoje doświadczenie zawodowe w związane z budową kanalizacji sanitarnej z przyłączami”, a wykonawca przedstawił na to stanowisko p. B. S. i nie przedstawił w rubryce „Zakres wykonanych czynności oraz wykaz kierowanych robót budowlanych” informacji dotyczących doświadczenia zawodowego związanego z budową kanalizacji sanitarnej z przyłączami, a jedynie doświadczenie w realizacji zamówień „Wymiana sieci wodociągowej na terenie 1RBLog w Mostach” oraz „przygotowanie infrastruktury na potrzeby laboratorium stacji radiolokacyjnej NUR 15M w Koszalinie”, co świadczy o niewykazaniu spełniania przez WPRI ww. warunku udziału w postępowaniu;
5. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12,16 lub 17 Pzp przez wybór oferty WPRI jako najkorzystniejszej w postępowaniu, pomimo że oferta ta powinna podlegać odrzuceniu i została wniesiona przez wykonawcę WPRI, który podlega wykluczeniu z postępowania.

Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty WPRI jako najkorzystniejszej,
- powtórzenia stosownych czynności w zakresie prawidłowej oceny ofert;

- dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej na podstawie ustalonych w SIWZ kryteriów oceny ofert, przy uwzględnieniu konsekwencji wynikających z powtórnej oceny ofert.

Izba ustaliła, że Zamawiający kopię ww. odwołania przesłał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu w dniu 17 października 2019 r. za pomocą poczty elektronicznej i operatora pocztowego (pkt. 4 pisma nr ZP.2710.5.2019 przesłanego przez Zamawiającego do Izby w dniu 22 października 2019 r.).

Z dalszych ustaleń Izby wynika, że w dniu 18 października 2019 r. do Izby na adres e-mail: [odwolania@uzp.gov.pl](mailto:odwolania@uzp.gov.pl), ze strony wykonawcy Zakład Usług Sprzętowo – Transportowych s.c. A. B., M. B. z siedzibą w Wieluniu przy ul. Fabrycznej 41, wpłynęło dwukrotnie przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego (tym wiadomościom e-mail z godz. 14:14 i 14:15 nadano odpowiednio nr: DZK-KIO-16042/19 oraz DZK-KIO-16043/19). W formie pisemnej ww. zgłoszenie przystąpienia wpłynęło do Izby w dniu 22 października 2019 r. (prezentata „Wpłynęło Krajowa Izba Odwoławcza 2019-10-22”. Koperta, w której przesłano pismo została opatrzona stemplem pocztowym z datą 18.10.2019.

Następnie Izba ustaliła, że w dniu 21 października 2019 r. ze strony Zamawiającego do Izby na adres e-mail: [odwolania@uzp.gov.pl](mailto:odwolania@uzp.gov.pl) wpłynęło pismo zatytułowane „Odpowiedź na odwołanie”, w którym Zamawiający oświadczył, że uwzględni odwołanie w całości. W formie pisemnej ww. pismo wpłynęło do Izby w dniu 23 października 2019 r.

Na wstępie Izba wskazuje, że wykonawca Zakład Usług Sprzętowo – Transportowych s.c. A. B., M. B. z siedzibą w Wieluniu przy ul. Fabrycznej 41, który nie przystąpił skutecznie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

Zgodnie z art. 185 ust. 2 Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu

rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

W kontekście powołanego przepisu stwierdzić należy, że wykonawca zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego ma obowiązek nie tylko zgłosić przystąpienie w ściśle określonym terminie, tj. 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania ale również doręczyć je Prezesowi Izby w określonej postaci, tj. w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Przekładając powyższe na stan faktyczny sprawy stwierdzić należy, że w sytuacji, gdy Zamawiający przesłał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu kopię odwołania w dniu 17 października 2019 r. za pomocą poczty elektronicznej to termin na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego upływał wraz z dniem 21 października 2019 r. (w uwagi na fakt, że na dzień 20.10.2019 r. przypadała niedziela). Dostrzec należy, że pismo z dnia 18 października 2019 r., zawierające zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego zostało co prawda doręczone Prezesowi Izby w postaci elektronicznej ale nie zostało opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Natomiast w postaci papierowej zgłoszenie przystąpienia wpłynęło do Izby po upływie 3-dniowego terminu wskazanego w przepisie art. 185 ust. 2 Pzp. W kontekście powyższego Izba stwierdziła, że wykonawca Zakład Usług Sprzętowo – Transportowych s.c. A. B., M. B. z siedzibą w Wieluniu przy ul. Fabrycznej 41 nie przystąpił skutecznie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

W tym miejscu należy przywołać przepis art. 186 ust. 2 Pzp zgodnie z którym w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Wobec ustalenia przez Izbę, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu oraz tego, że do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 2 Pzp należało postępowanie umorzyć.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba wzięła pod uwagę fakt, że uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem rozprawy. W tych okolicznościach – w świetle przepisu art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp w zw. z § 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.2010.41.238) – Izba postanowiła znieść wzajemnie koszty postępowania odwoławczego i orzec o dokonaniu zwrotu Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

**Przewodniczący: .....**