

Sygn. akt: KIO 2070/18

Sygn. akt: KIO 2074/18

POSTANOWIENIE
z dnia 22 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff
Członkowie: Monika Szymanowska
Justyna Tomkowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu **22 października 2018 r. w Warszawie** odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu **8 października 2018 r.** przez wykonawcę **TPF sp. z o.o., ul. Annopol 22, 03-236 Warszawa (w sprawie o sygn. akt: KIO 2070/18)**
- B. w dniu **8 października 2018 r.** przez wykonawców **Konsorcjum Firm: 1) Inko Consulting Sp. z o.o. (Lider); 2) Drogowa Trasa Średnicowa S.A., ul. Mieszka I 10, 40-877 Katowice; z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Dworcowa 18 lok. 6, 43-200 Pszczyna (sygn. akt: KIO 2074/18)**

w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa, Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad** w imieniu którego postępowanie prowadzi **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad - Oddział w Krakowie, ul. Mogilska 25, 31-542 Kraków**

przy udziale:

- A. wykonawców **Konsorcjum Firm: 1) Inko Consulting Sp. z o.o. (Lider); 2) Drogowa Trasa Średnicowa S.A., ul. Mieszka I 10, 40-877 Katowice; z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Dworcowa 18 lok. 6, 43-200 Pszczyna** oraz **TPF sp. z o.o., ul. Annopol 22, 03-236 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2070/18 po stronie zamawiającego

- B. wykonawcę **TPF sp. z o.o., ul. Annopol 22, 03-236 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2074/18 po stronie odwołującego
- C. wykonawcę **Multiconsult Polska sp. z o.o., ul. Bonifraterska 17, 00-203 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2070/18 i o sygn. akt: KIO 2074/18 po stronie zamawiającego

postanawia:

- A. umorzyć postępowanie odwoławcze o sygn. akt: KIO 2070/18;**
B. umorzyć postępowanie odwoławcze o sygn. akt: KIO 2074/18;
- nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą kwotę uiszczonych wpisów, w tym kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) na rzecz **TPF sp. z o.o., ul. Annopol 22, 03-236 Warszawa** oraz kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) na rzecz **Konsorcjum Firm: 1) Inko Consulting Sp. z o.o. (Lider); 2) Drogowa Trasa Średnicowa S.A., ul. Mieszka I 10, 40-877 Katowice; z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Dworcowa 18 lok. 6, 43-200 Pszczyna.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 16 października 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 Warszawie.**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Sygn. akt: KIO 2070/18

Sygn. akt: KIO 2074/18

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z możliwością składania ofert częściowych w trybie przetargu nieograniczonego na „Zarządzanie Kontraktem i pełnienie nadzoru nad zadaniem „Zaprojektowanie i budowa drogi krajowej nr 47 Rabka Zdrój - Zakopane na odcinku Rdzawka - Nowy Targ odok. km 5+064,20 do km ok. 21+200, długości ok. 16,13 km.”, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2018/S 095 - 216147 z 19.05.2018 r., przez Skarb Państwa, Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad - Oddział w Krakowie, ul. Mogilska 25, 31-542 Kraków zwany dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 28.09.2018 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej – Multiconsult Polska sp. z o.o., ul. Bonifraterska 17, 00-203 Warszawa zwanej dalej „Multiconsult Polska sp. z o.o.” albo „Przystępującym w sprawie KIO 2070/18 oraz KIO 2074/18”, drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła oferta - Konsorcjum Firm: 1) Inko Consulting Sp. z o.o., ul. Dworcowa 18 lok. 6, 43-200 Pszczyna; 2) Drogowa Trasa Średnicowa S.A., ul. Mieszka I 10, 40-877 Katowice zwane dalej: „Konsorcjum INKO” albo „Odwołującym w sprawie KIO 2074/18” albo „Przystępującym w sprawie KIO 2070/18”. Trzecią pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła oferta - TPF sp. z o.o., ul. Annopol 22, 03-236 Warszawa zwane dalej: „TPF sp. z o.o.” albo „Odwołującym w sprawie KIO 2070/18” albo „Przystępującym w sprawie KIO 2074/18”. Poinformował także o wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp Konsorcjum Firm: 1) Firma Inżynierska Arcus J. B. (Lider), 2) Integral Sp. z o.o. (partner), ul. 73 Płk Piechoty 1 pawilon E, 40-467 Katowice, z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Kuźnicy Kołłątajowskiej 17i/37, 31-234 Kraków zwane dalej: „Konsorcjum Arcus”.

Na mocy zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z 15.10.2018 r. sprawy o sygn. akt: KIO 2070/18, sygn. akt: KIO 2074/18 zostały skierowane do łącznego rozpatrzenia.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 2070/18 - TPF sp. z o.o.:

W dniu 08.10.2018 r. (wpływ bezpośrednia do Prezesa KIO) TPF sp. z o.o. wniosła odwołanie na czynność z 28.09.2018 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 08.10.2018 r. (e-mailem). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. niezgodną z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r. poz. 1579) zwanej dalej: „Pzp” czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty Multiconsult Polska sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej,
2. art. 92 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp poprzez zaniechanie podania uzasadnienia punktacji przyznanej poszczególnym ofertom;
3. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców:
 - 2.1 Multiconsult Polska sp. z o.o.,
 - 2.2 Konsorcjum INKO,pomimo iż wykonawcy ci wprowadzili Zamawiającego w błąd przedstawiając informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, nie składając jednocześnie wyjaśnień w trybie art. 24 ust. 8 Pzp, tj. nie dokonując samooczyszczenia;
4. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia Multiconsult Polska sp. z o.o. z postępowania pomimo niewykazania spełniania przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania osoby dedykowanej na stanowisko Inspektora nadzoru specjalności inżynierskiej mostowej;
5. art. 26 ust. 3 Pzp, przez uznanie, iż w wyniku wezwania w trybie tego przepisu Multiconsult Polska sp. z o.o. był uprawniony do zmiany treści oferty w zakresie Wykazu osób.
6. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem w/w przepisów Pzp).

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności oceny ofert,
2. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. Odtajnienia dokumentów wskazanych w odwołaniu,
4. Ponowną ocenę ofert,
5. Wykluczenie z postępowania Multiconsult Polska sp. z o.o. i Konsorcjum INKO;
6. Wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zamawiający w dniu 09.10.2018 r. (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 11.10.2018 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum Arcus zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. W tym wypadku, Izba uznała niniejsze przystąpienie za nieskuteczne, gdyż niniejszy podmiot w dniu zgłaszania przystąpienia nie był już uczestnikiem postępowania przetargowego, gdyż jego wykluczenie uprawomocniło się. Nie złożył także osobnego odwołania na czynność wykluczenia z udziału w postępowaniu, co miało miejsce - 28.09.2018 r.

W dniu 11.10.2018 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Konsorcjum INKO zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 12.10.2018 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Multiconsult Polska sp. z o.o. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 2074/18 – Konsorcjum INKO:

W dniu 08.10.2018 r. (wpływ bezpośrednia do Prezesa KIO) Konsorcjum INKO wniosło odwołanie na czynność z 28.09.2018 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 08.10.2018 r. (e-mailem). Zarzucił Zamawiającego naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Muticonsult Polska sp. z o.o. pomimo iż treść oferty tego wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ, bowiem oferta została sporządzona z naruszeniem postanowień SIWZ, w szczególności Tom I IDW, pkt. 15.3, a podane ceny jednostkowe nie obejmują całkowitego kosztu wykonania poszczególnych pozycji;
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp poprzez brak wykluczenia z postępowania wykonawcy Multiconsult Polska sp. z o.o., mimo iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu i nie wykazał braku podstaw wykluczenia;
- 3) art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp poprzez brak wykluczenia z postępowania wykonawcy Multiconsult Polska sp. z o.o., mimo iż wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu;

4) art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp poprzez brak wykluczenia z postępowania wykonawcy Multiconsult Polska sp. z o.o., mimo iż wykonawca ten co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu;

5) art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp poprzez brak wykluczenia z postępowania wykonawcy Multiconsult Polska sp. z o.o., mimo iż wykonawca ten, z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4 Pzp, co doprowadziło do rozwiązania umowy;

6) art. 24 ust. 4 Pzp poprzez brak uznania oferty wykonawcy Multiconsult Polska sp. z o.o. za odrzuconą, mimo iż zachodziły przesłanki wykluczenia wykonawcy Multiconsult Polska sp. z o.o. z postępowania wskazane w pkt 2-5 powyżej;

7) art. 91 ust. 1 i 2 Pzp poprzez dokonanie błędnej oceny (w tym błędnego przyznania punktów) i wyboru oferty wykonawcy Multiconsult Polska sp. z o.o., mimo iż wykonawca ten w szczególności nie wykazał spełniania kryteriów pozacenowych m. in w zakresie kryterium „Doświadczenie personelu Konsultanta”;

8) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Multiconsult Polska sp. z o.o., mimo iż oferta tego wykonawcy została wybrana niezgodnie z przepisami prawa i w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowanie wykonawców;

ponadto, z ostrożności, wobec braku udostępnienia przez Zamawiającego dokumentów w tym zakresie, zarzucam także naruszenie;

9) art. 89 ust. 1 pkt 7b i 7a Pzp poprzez brak odrzucenia oferty wykonawcy Multiconsult Polska sp. z o.o. mimo braku wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą oraz mimo braku przedłużenia okresu ważności wadium.

Wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności oceny ofert, unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty wykonawcy Muticonsult Polska sp. z o.o., względnie wykluczenia wykonawcy Multiconsult Polska sp. z o.o. z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą, powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Zamawiający w dniu 09.10.2018 r. (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 12.10.2018 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) TPF sp. z o.o. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc

o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 12.10.2018 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Multiconsult Polska sp. z o.o. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 2070/18, sygn. akt: KIO 2074/18:

W dniu 22.10.2018 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesionych odwołań do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której częściowo uwzględnił oba odwołania. Kopia została przekazana Odwołującym oraz Przystępującym.

W dniu 22.10.2018 r. w związku z postanowieniem Izby z 15.10.2018 r. odbyło się posiedzenie niejawnie z udziałem stron.

Podczas posiedzenia Zamawiający oświadczył, iż w zakresie odwołania o sygn. akt: KIO 2070/18 uwzględnił zarzuty odwołania w części, tj. wskazany w pkt 1, w pkt 3 w zakresie doświadczenia pana K., pkt 4 i 6. Zaś, w zakresie odwołania o sygn. akt: KIO 2074/18 uwzględnił odwołanie w części, tj. zarzutu nr 4, 6 i 8 uznając, że podano nieprawdziwe informacje dotyczące pana Krzysztofa Żyły.

W tym odpowiedzi - Multiconsult Polska sp. z o.o. oświadczył, iż nie zgłasza sprzeciwu wobec częściowego uwzględnienia zarzutów przez Zamawiającego tak w zakresie odwołania o sygn. akt: KIO 2070/18, jak i odwołania o sygn. akt: KIO 2074/18. Podobnie Konsorcjum INKO w zakresie odwołania o sygn. akt: KIO 2070/18.

Wobec powyższego – Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 2070/18 - TPF sp. z o.o. – oświadczył, że wycofuje odwołanie w zakresie pozostałych, nieuwzględnionych zarzutów. Stwierdził, że swoją decyzję o wycofaniu pozostałych zarzutów co do oferty Konsorcjum Inko uzasadnia tym, że Zamawiający oświadczył w odpowiedzi na odwołanie, że w tym wypadku nie dokonywał jeszcze czynności oceny tej oferty.

Podobnie – Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 2074/18 – Konsorcjum INKO – oświadczył, że wycofuje odwołanie w zakresie pozostałych, nieuwzględnionych zarzutów.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

Skuteczne skorzystanie przez którąkolwiek ze stron postępowania odwoławczego z przysługującej jej tzw. czynności dyspozytywnej (czyli uwzględnienia w całości zarzutów

odwołania przez zamawiającego lub cofnięcia odwołania przez odwołującego) - powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozstrzygnięcia zarzutów odwołania.

Zgodnie z art. 186 ust. 3a Pzp w przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez Odwołującego, 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 albo gdy wykonawca, który przystąpił po stronie Zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. (to ostatnie miało miejsce w przedmiotowym stanie faktycznym).

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła wystąpienie przesłanek umorzenia postępowania odwoławczego opisanych w dyspozycji art. 186 ust. 3a Pzp – Zamawiający uwzględnił odwołanie w części, Odwołujący wycofał odwołanie w pozostałym zakresie, a przystępujący po stronie Zamawiającego do obu odwołań nie zgłosili sprzeciwu w zakresie uwzględnionym przez zamawiającego.

Zamawiający w sposób niebudzący wątpliwości wyraził wolę uwzględnienia części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, potwierdzając zarazem w swoim piśmie uwzględnienie części zarzutów przez Zamawiającego, co powtórzył na posiedzeniu, a Odwołujący wycofał wszystkie pozostałe zarzuty.

Wobec powyższego Izba - działając na podstawie art. 186 ust. 3a w zw. z art. 192 ust. 1 zd. 2 Pzp - umorzyła postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, iż na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie zwrotu Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j.: Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o zasądzenie na jego rzecz od obu Odwołujących (oddzielnie dla obu spraw) zwrotu kosztów poniesionych w związku z reprezentacją, uznając, iż brak jest podstawy prawnej do obciążenia Odwołujących kosztami strony. Ustawodawca wyraźnie przewidział, iż w takiej sytuacji, jak miała miejsce w przedmiotowym stanie faktycznym, koszty postępowania znoszą się wzajemnie i nie

zdecydował o wprowadzeniu podstawy prawnej do uwzględnienia kosztów strony, tj. Zamawiającego.

Zgodnie z § 13 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (t.j. Dz. U. z 2018 poz. 1092) - postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym. W oparciu o § 32 ww. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań, ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydanego na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Krajowej Izby Odwoławczej, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych. Odpis postanowienia przesyła się stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....