

**Sygn. akt: KIO 1449/18**

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 30 lipca 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu **30 lipca 2018 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 lipca 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Balzola Polska Sp. z o.o. Al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa; Construcciones y Promociones S.A. Av. Sabino Arana 203, 48013 Bilbao, Hiszpania**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Tramwaje Śląskie S.A. ul. Inwalidzka 5, 41-506 Chorzów**

**postanawia:**

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze;**
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Balzola Polska Sp. z o.o. Al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa; Construcciones y Promociones S.A. Av. Sabino Arana 203, 48013 Bilbao, Hiszpania Asseco Data Systems S.A. 81-321 Gdynia, ul. Podolska 21** kwoty 18 000 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej 90% kwoty uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r. poz. 1579 ze zm) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Katowicach.**

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Modernizacja infrastruktury torowo-sieciowej w ciągu ul. 3 Maja w Chorzowie” - zadanie nr 4 w ramach realizacji Projektu: „Zintegrowany projekt modernizacji i rozwoju infrastruktury tramwajowej w Aglomeracji Śląsko - Zagłębiowskiej wraz z zakupem taboru tramwajowego”- Etap I, współfinansowane przez Unię Europejską ze środków Funduszu Spójności w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko, znak sprawy: UE/JRP/B/126/2018 (dalej „Postępowanie” lub „Zamówienie”), o wartości przekraczającej kwoty wskazane w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) - dalej „ustawa Pzp” zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod nr 2018/S 042-091172 z dnia 1 marca 2018 r. przez **Tramwaje Śląskie S.A. ul. Inwalidzka 5, 41-506 Chorzów** (dalej „zamawiający”), zgodnie z zawartym porozumieniem z Miejskim Zarządem Ulic i Mostów w Chorzowie ul. Bałtycka 8a, 41-500 Chorzów, prowadzący postępowanie na rzecz wspólnych zamawiających. W dniu 13 lipca 2018 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu tj. oferty wykonawcy TOR – KRAK Sp. z o.o.

W dniu 23 lipca 2018 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: **Balzola Polska Sp. z o.o. Al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa; Construcciones y Promociones S.A. Av. Sabino Arana 203, 48013 Bilbao, Hiszpania Asseco Data Systems S.A. 81-321 Gdynia, ul. Podolska 21** (dalej „odwołujący”) wnieśli odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego, polegających na:

- 1) dokonaniu oceny oferty odwołującego w pozacenowym kryterium oceny ofert „*Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia* w sposób błędny oraz z naruszeniem postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”), poprzez przyznanie ofercie odwołującego 2 punktów w zakresie tego kryterium za dodatkowe doświadczenie osoby wskazanej do pełnienia funkcji „*Kierownika robót drogowych*” (zakres tramwajowy) oraz poprzez nieuzasadnienie przyznania punktacji w tym kryterium, podczas gdy odwołujący w formularzu ofertowym złożył oświadczenie co do posiadania przez osobę wyznaczoną do pełnienia funkcji „*Kierownika robót drogowych*” 3 dodatkowych zadań ponad minimalne wymagania opisane w SIWZ, a tym

samym zgodnie z rozdziałem XIV pkt. 5.3.1 SIWZ zamawiający winien przyznać ofercie odwołującego 6 punktów w zakresie tego kryterium;

- 2) dokonaniu wyboru oferty wykonawcy TOR-KRAK sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, pomimo że to oferta odwołującego winna zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu obrazę następujących przepisów:

- 1) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 65 §1 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp poprzez dokonanie oceny oferty odwołującego w pozacenowym podkryterium oceny ofert „*Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia*” w sposób błędny oraz z naruszeniem postanowień SIWZ, poprzez uznanie, że odwołujący wskazał w treści formularza ofertowego wyłącznie jedno doświadczenie dla osoby wyznaczonej do pełnienia funkcji „*Kierownika robót drogowych*” (zakres tramwajowy) co skutkowało przyznaniem odwołującemu 2 punktów w tym podkryterium, podczas gdy odwołujący złożył w formularzu ofertowym oświadczenia co do posiadania przez osobę wyznaczoną do pełnienia funkcji „*Kierownika robót drogowych*” 3 dodatkowych doświadczeń, ponad minimalne wymagania opisane w SIWZ, a tym samym zgodnie z rozdziałem XIV pkt. 5.3.1 SIWZ zamawiający winien przyznać ofercie odwołującego 6 punktów w zakresie tego podkryterium;
- 2) art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie uzasadnienia przyznania punktacji w podkryterium „*Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia*” oraz zaniechanie wyjaśnienia, które doświadczenia Kierownika robót drogowych (zakres tramwajowy) było punktowane, a które nie i dlaczego;
- 3) z daleko posuniętej ostrożności procesowej także naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień, jeżeli złożone przez odwołującego oświadczenie w treści formularza ofertowego, dotyczące doświadczenia osoby wyznaczonej do pełnienia funkcji „*Kierownika robót drogowych*” budziło wątpliwości zamawiającego i wymagane byłoby dodatkowe potwierdzenie posiadanego przez tę osobę doświadczenia;
- 4) a w konsekwencji naruszenie art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sklasyfikowanie wykonawcy TOR-KRAK Sp. z o.o. na pierwszym miejscu listy rankingowej jako wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę oraz wybór oferty TOR-KRAK Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, pomimo że oferta odwołującego powinna zostać sklasyfikowana na pierwszym miejscu w rankingu ofert, a tym samym to również oferta odwołującego winna zostać wybrana jako najkorzystniejsza w Postępowaniu.

Wskazując powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości poprzez nakazanie zamawiającemu, w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp:

- 1) unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na dokonaniu badania i oceny ofert oraz unieważnienia czynności wyboru oferty TOR-KRAK Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu;
- 2) dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert, przyznania ofercie odwołującego 6 punktów w podkryterium „Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia” w związku z doświadczeniem „Kierownika robót drogowych” zgodnie z rozdziałem XIV pkt. 5.3.1 SIWZ, a w konsekwencji nakazanie zamawiającemu wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu;

oraz zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, według norm przepisanych na podstawie faktury VAT przedłożonej na rozprawie.

Zamawiający w dniu 24 lipca 2018 r., zgodnie z dyspozycją art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, poinformował o wniesieniu odwołania, przekazując wykonawcom informację o wniesieniu odwołania za pośrednictwem poczty elektronicznej oraz wezwał uczestników postępowania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Termin na zgłoszenie przystąpienia, zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, upłynął w dniu 27 lipca 2018 r. Do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca.

W dniu 25 lipca 2018 r. zamawiający, działając w oparciu o art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, wniósł odpowiedź na odwołanie w której poinformował, że uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu opisanego w pkt 2 odwołania oraz wniósł o jego oddalenie w pozostałym zakresie.

W dniu 26 lipca 2018 r. odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania.

Zgodnie z art. 187 ust. 8 ustawy Pzp, odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze. W myśl zaś art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Odwołujący złożył skuteczne oświadczenie o cofnięciu wniesionego przez siebie odwołania, co nastąpiło przed otwarciem rozprawy. Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 187 ust. 8, art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp, postanowiła, w drodze postanowienia, umorzyć postępowanie odwoławcze w tej sprawie.

Jednocześnie, stosownie do art. 187 ust. 8 zd. 2 ustawy Pzp, jeżeli cofnięcie odwołania nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90 % wpisu. Analogiczne brzmienie posiada przepis § 5 ust. 1 pkt 3 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 (Dz. U. z 2010 r. nr 41 poz. 238 oraz Dz. U. z 2017 r., poz. 47). Ponieważ odwołujący cofnął odwołanie przed otwarciem rozprawy, Izba na podstawie art. 187 ust. 8 zd. 2 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 3 lit. a powołanego rozporządzenia, postanowiła o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 18.000,00 zł., stanowiącej 90 % kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Postanowienie zostało ogłoszone poprzez jego wywieszenie na tablicy ogłoszeń w trybie § 32 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2014 r., poz. 964 oraz Dz. U. z 2017 r., poz.14).

**Przewodniczący:**

.....