

Sygn. akt: KIO 548/21

**POSTANOWIENIE**  
z dnia 15 marca 2021 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Jolanta Markowska.**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 15 marca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 lutego 2021 r. przez wykonawcę: **ETP S.A., ul. Siemianowicka 5a, 40-301 Katowice** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie, ul. Żelazna 59A, 00-848 Warszawa,**

**postanawia:**

**1. umorzyć postępowanie odwoławcze,**

2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy: **ETP S.A. ul. Siemianowicka 5a, 40-301 Katowice** kwoty **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej równowartość uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący: .....**

## **Uzasadnienie**

Zamawiający: Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn.: „Remont zbiornika Przeworno, zlokalizowanego w km 15+350 rzeki Krynki, gmina Przeworno - remont wieży i pozostałego zakresu wynikającego z nakazu DWINB”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 767745-N-2020 z dnia 21 grudnia 2020 r.

Pismem z dnia 12 lutego 2021 roku, doręczonym Odwołującemu drogą elektroniczną w dniu 15 lutego 2021 roku, Zamawiający poinformował o wyborze oferty Konsorcjum firm: HZBUD Sp. z o.o., HZBUDINVEST Sp. z o.o. i Wspólnicy Spółka komandytowa z siedzibą lidera w Zielonej Górze jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Wykonawca ETP S.A. z siedzibą w Katowicach wniósł odwołanie wobec niezgodnych z prawem czynności Zamawiającego polegających na:

1. uznaniu, że Konsorcjum firm: HZBUD Sp. z o.o., HZBUDIWEST Sp. z o.o. i Wspólnicy Spółka komandytowa wykazało spełnienie warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie wykonania usług projektowych, o których mowa w pkt. 7.2.3 ppkt. 2) SIWZ;
2. uznaniu, że Konsorcjum firm: HZBUD Sp. z o.o., HZBUDIWEST Sp. z o.o. i Wspólnicy Spółka komandytowa wykazało, że podmiot udostępniający mu zasoby na potrzeby realizacji zamówienia, tj. Biuro Projektów Wodnych Melioracji i inżynierii Środowiska „BIPROWODMEL” Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu zobowiązał się do udostępnienia mu przed złożeniem oferty w postępowaniu doświadczenia w zakresie wykonania usług projektowych, o którym mowa w pkt. 7.2.3 ppkt. 2) SIWZ;
3. zaniechaniu wykluczenia Konsorcjum firm: HZBUD Sp. z o.o., HZBUDIWEST Sp. z o.o. i Wspólnicy Spółka komandytowa z postępowania z uwagi brak spełnienia warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie wykonania usług projektowych, o których mowa w pkt. 7.2.3 ppkt. 2) SIWZ, a w konsekwencji zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum;
4. dokonaniu badania i oceny ofert oraz wyboru oferty Konsorcjum firm: HZBUD Sp. z o.o., HZBUDIWEST Sp. z o.o. i Wspólnicy Spółka komandytowa jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt. 12 w zw. z art. 22 ust 1 i w zw. z art. 22a ust. 1, 2, 3 i 4 oraz art. 89

ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 roku {Dz. U. z 2004 r. Nr 19, poz. 177 t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843}, zwanej dalej „Pzp”, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum firm: HZBUD Sp. z o.o., HZBUDIWEST Sp. z o.o. i Wspólnicy Spółka komandytowa, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty ww. Konsorcjum, które nie wykazało spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie wykonania usług projektowych, o którym mowa w pkt. 7.2.3 ppkt. 2) SIWZ, a to z uwagi na okoliczność, że Konsorcjum firm: HZBUD Sp. z o.o., HZBUDIWEST Sp. z o.o. i Wspólnicy Spółka komandytowa nie wykazało, że podmiot udostępniający mu zasoby - BIPROWODMEL, zobowiązał się do udostępnienia mu przed złożeniem oferty w postępowaniu doświadczenia w zakresie wykonania usług projektowych, o którym mowa w pkt. 7.2.3 ppkt. 2) SIWZ;

2. art. 24 ust. 1 pkt. 16 lub 17 w zw. z art. 22 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum firm: HZBUD Sp. z o.o., HZBUDIWEST Sp. z o.o. i Wspólnicy Spółka komandytowa, które w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa ewentualnie w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadziło w błąd Zamawiającego, że spełnia warunek udziału w postępowaniu, dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie wykonania usług projektowych, o którym mowa w pkt. 7.2.3 ppkt. 2) SIWZ, a to z uwagi na okoliczność, że Konsorcjum firm: HZBUD Sp. z o.o., HZBUDIWEST Sp. z o.o. i Wspólnicy Spółka komandytowa w wykazie usług złożonym na podstawie pkt. 10.4.4 SIWZ powołało się na doświadczenie podmiotu trzeciego BIPROWODMEL, mimo że nie wykazało, że podmiot ten zobowiązał się do udostępnienia mu przed złożeniem oferty w postępowaniu doświadczenia w zakresie wykonania usług projektowych, o którym mowa w pkt. 7.2.3 ppkt. 2) SIWZ;

3. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez niezgodny z przepisami ustawy wybór oferty Konsorcjum firm: HZBUD Sp. z o.o., HZBUDIWEST Sp. z o.o. i Wspólnicy Spółka komandytowa pomimo faktu, że powinna ona zostać odrzucona z uwagi na konieczność wykluczenia ww. Konsorcjum z postępowania przez co Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji i nie zapewnił równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum firm: HZBUD Sp. z o.o., HZBUDIWEST Sp. z o.o. i Wspólnicy Spółka komandytowa jako najkorzystniejszej,
- wykluczenia Konsorcjum firm: HZBUD Sp. z o.o., HZBUDIWEST Sp. z o.o. i Wspólnicy Spółka komandytowa z postępowania i w konsekwencji odrzucenia oferty Konsorcjum firm: HZBUD Sp. z o.o., HZBUDIWEST Sp. z o.o. i Wspólnicy Spółka komandytowa;
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej;

- wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej oraz o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego i zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym ewentualnych kosztów zastępstwa advokackiego według norm przewidzianych przepisami prawa, opłaty skarbowej od pełnomocnictwa oraz innych kosztów na podstawie przedstawionych na rozprawie rachunków.

Zamawiający w dniu 22 lutego 2021 r. przekazał wykonawcom drogą elektroniczną kopię odwołania, wzywając wykonawców do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego.

W dniu 26 lutego 2021 r., w ślad za przesłaną pocztą elektroniczną w dniu 25 lutego 2021 r. kopią dokumentów, wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienia - Konsorcjum firm: HZBUD Sp. z o.o., HZBUDIWEST Sp. z o.o. i Wspólnicy Spółka komandytowa z siedzibą w Zielonej Górze przesłali do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej swoje zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w formie oryginału pisma z dnia 25 lutego 2021 r. wraz z załącznikami (data wpływu: 26 lutego 2021 r.).

Zamawiający, pismem z dnia 8 marca 2021 r., złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty podniesione w treści odwołania i unieważni czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, a tym samym wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego.

Zamawiający, biorąc pod uwagę zarzuty podniesione przez Odwołującego oraz Przystępującego, potwierdził, iż czynności oceny ofert złożonych przez wykonawców, a także wyboru oferty najkorzystniejszej dokonane zostały z naruszeniem przepisu art. 26 ust. 3 w zw. z art 87 ust. 1, a także art. 7 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych ( Dz. U. z 2019 poz. 1843 z późn. zm.). Zamawiający wyjaśnił, że dokonał wyboru oferty złożonej przez wykonawców występujących wspólnie w składzie: HZBUD Sp. z o.o. i HZBUDINVEST Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i Wspólnicy Sp. k. z siedzibą w Zielonej Górze, na podstawie wadliwej analizy treści oświadczenia stanowiącego potwierdzenie spełnienia warunku udziału określonego w treści pkt 7.2.3. ppkt 2) SIWZ, co wymaga przeprowadzenia procedury naprawczej.

Zamawiający poinformował, że dokona unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a następnie dokona powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert i ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, z uwzględnieniem okoliczności na które powołali się Odwołujący i Przystępujący.

W danym stanie faktycznym Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020) do postępowań odwoławczych, o których mowa w uchylanej ustawie, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021r. stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019r., poz. 2019).

Z uwagi na powyższe, Izba, wydając postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego, wszczętego na skutek odwołania wniesionego w dniu 19 lutego 2021r., zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych („nPzp”).

Zważywszy, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienia - Konsorcjum firm: HZBUD Sp. z o.o., HZBUDIWEST Sp. z o.o. i Wspólnicy Spółka komandytowa z siedzibą w Zielonej Górze przesłali swoje zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej - pismo z dnia 25 lutego 2021 r. wraz z załącznikami w dniu 26 lutego 2021 r. (data wpływu: 26 lutego 2021 r.), Izba stwierdziła, że zgłoszenie przystąpienia przez ww. Konsorcjum nastąpiło po upływie terminu 3 dni od dnia 22 lutego 2021 r., tj. terminu określonego w art. 525 ust. 3 nPzp. Wobec powyższego należało uznać, że do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie zgłosił skutecznie przystąpienia żaden wykonawca.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła, że wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu i braku zgłoszenia przystąpienia po stronie Zamawiającego postępowanie odwoławcze należało umorzyć na podstawie art. 522 ust. 1 nPzp. Zgodnie z art. 522 ust. 1 nPzp, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Wobec powyższego, postanowiono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba miała na uwadze art. 557 nPzp oraz § 9 ust. 1 pkt 2 lit.a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437), z którego wynika, że jeżeli przed otwarciem rozprawy zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba orzeka o dokonaniu zwrotu na rzecz Odwołującego z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu

**Przewodniczący: .....**