

Sygn. akt: KIO 358/20

POSTANOWIENIE
z dnia 3 marca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 3 marca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 lutego 2020 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Budowlane Dombud S.A. w Katowicach**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez **Polskie Koleje Państwowe S.A. w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Z. M., prowadzącego w Miechowie działalność gospodarczą pod nazwą Z. M., Zakład Remontowo Budowlany M.**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. **znieść wzajemnie koszty postępowania odwoławczego i nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 20.000,00 zł (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane Dombud S.A. w Katowicach, stanowiącej wpis od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Polskie Koleje Państwowe S.A. w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „przebudowa dworca kolejowego Kraków Swoszowice”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 31 października 2019 r. nr 2019/S 211-514734.

11 lutego 2020 r. zamawiający przesłał wykonawcy Przedsiębiorstwu Budowlanemu Dombud S.A. w Katowicach, zwanemu dalej „odwołującym”, zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Z. M., prowadzącego w Miechowie działalność gospodarczą pod nazwą Z. M., Zakład Remontowo Budowlany M., zwanego dalej „przystępującym”.

Wobec:

- a) czynności wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej,
 - b) zaniechania czynności wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu,
 - c) zaniechania czynności wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej
- odwołujący wniósł 21 lutego 2020 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art 24 ust. 1 pkt 12, art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez zaniechanie czynności wykluczenia przystępującego, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (SIWZ Roz. IX. pkt 3.3).1.), co narusza zasadę prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz udzielania zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie przepisów ustawy oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp - przez zaniechania uznania oferty przystępującego za odrzuconą,
- 2) art. 91 ust 1 w zw. z art 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez wybór oferty wykonawcy przystępującego, mimo, że jego oferta winna być uznana za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy, a jednocześnie zaniechanie wyboru oferty odwołującego, mimo że na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ oferta odwołującego jest najkorzystniejsza spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, co narusza zasadę prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz udzielania zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie przepisów ustawy,

- 3) art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania przystępującego do wyjaśnień dotyczących oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, ewentualnie zaniechania wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia ww. oświadczeń i dokumentów - wskutek czego nie zweryfikowano posiadanego doświadczenia zawodowego w zakresie wystarczającym do uznania że spełniania on warunek udziału w postępowaniu opisany w SIWZ Roz. IX. pkt 3.3). 1.),
- 4) art. 92 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp przez brak uzasadnienia faktycznego i prawnego wyboru oferty przystępującego w zakresie spełniania przez niego warunku udziału w postępowaniu opisanego w SIWZ Roz. IX. pkt 3.3).1, (przy uwzględnieniu faktu, że deklarowane doświadczenie zawodowe tego wykonawcy pozyskane było w konsorcjum), mimo że wybór najkorzystniejszej oferty może dotyczyć tylko wykonawcy spełniającego warunki udziału w danym postępowaniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) wykluczenia przystępującego z postępowania o udzielenie zamówienia, uznanie jego oferty za odrzuconą,
- 3) wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ.

Na podstawie pisma zamawiającego z 24.02.2020 r. ustalono, że zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przekazał innym wykonawcom 21 lutego 2020 r., drogą elektroniczną.

W terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp do Prezesa Izby wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego pochodzące od Z. M., prowadzącego w Miechowie działalność gospodarczą pod nazwą Z. M., Zakład Remontowo Budowlany M. (przystępującego).

Ustalono także, że 2 marca 2020 r., zamawiający doręczył Prezesowi Izby pismo z 2 marca 2020 r., w którym poinformował, że dokonał unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez przystępującego. Do pisma zamawiający załączył zawiadomienie o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z 2 marca 2020 r. W uzasadnieniu zawiadomienia zamawiający oświadczył, że po zapoznaniu się z treścią odwołania postanawia unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez przystępującego i dokonać ponownego badania złożonych dokumentów w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie poz. 2 wykazu robót budowlanych.

W dalszej kolejności ustalono, że 2 marca 2020 r. odwołujący przesłał do Prezesa Izby oświadczenie o cofnięciu pozostałych zarzutów odwołania. W oświadczeniu wskazał, że w

związku z uzyskaniem informacji od zamawiającego (pismo z 2 marca 2020 r. o g. 14.30) o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez przystępującego, tj. o uwzględnieniu części zarzutów odwołania wniesionego 21.02.2020 r., odwołujący cofa pozostałe zarzuty odwołania i wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego.

W dalszej kolejności ustalono, że 3 marca 2020 r., przed otwarciem posiedzenia z udziałem stron, przystępujący przesłał do Izby pismo, w którym w którym poinformował, że w związku z pismem zamawiającego „zawiadomienie o unieważnieniu czynności wyboru ofert najkorzystniejszej” z dnia 2 marca 2020 r. oraz pismem odwołującego „cofnięcie pozostałych zarzutów odwołania” z dnia 2 marca 2020 r. nie wnosi sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów przez zamawiającego i wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego.

Na posiedzenie Izby z udziałem stron i uczestników postępowania, wyznaczone na dzień 3 marca 2020 r. g. 10.00, nikt się nie stawił, pomimo prawidłowego powiadomienia o terminie posiedzenia.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zamawiający uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu w części dotyczącej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i zaniechania czynności badania dokumentów złożonych w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie poz. 2 wykazu robót budowlanych.

Odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie w pozostałym zakresie. Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp zgłosił przystąpienie przystępujący. Przystępujący nie zgłosił sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Na posiedzenie Izby z udziałem stron i uczestników postępowania, wyznaczone na dzień 3 marca 2020 r. g. 10.00, nikt się nie stawił, pomimo prawidłowego powiadomienia o terminie posiedzenia.

Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 186 ust. 3a ustawy Pzp. Zgodnie z przywoływanym przepisem, *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 wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów.*

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby w rozpatrywanej sprawie w żadnym zakresie nie miało charakteru merytorycznego, zatem musiało przybrać postać postanowienia.

W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. 186 ust. 3a i art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp, postanowiła jak w pkt 1 sentencji.

Izba orzekła o wzajemnym zniesieniu kosztów postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp. Stosownie do tego przepisu, *koszty postępowania odwoławczego w okolicznościach, o których mowa w ust. 2 i 3a, znosi się wzajemnie.*

Izba nakazała zwrot odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania, stosownie do przepisu § 5 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972), gdyż uwzględnienie części zarzutów nastąpiło przed otwarciem rozprawy. Zgodnie z powołanym przepisem, *w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę, jeżeli zamawiający uwzględnił w części zarzuty przedstawione w odwołaniu i pozostałe zarzuty zostały przez odwołującego wycofane, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił, wypełniając wymogi określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy, żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów, Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.*

Przewodniczący: