

POSTANOWIENIE
z dnia 12 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Bartosz Stankiewicz
Członkowie:	Klaudia Szczytowska-Maziarz Monika Szymanowska
Protokolant:	Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników postępowania w dniu 12 października 2018 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 października 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - **Konsorcjum: BUDIMEX S.A.** z siedzibą w Warszawie oraz **STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o.** z siedzibą w Wysokiej w postępowaniu w którym zamawiającym jest **Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie**, a prowadzącym postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie,

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - **STECOL CORPORATION** z siedzibą w Tiencinie (Chińska Republika Ludowa) oraz **Polbud Pomorze Sp. z o.o.** z siedzibą w Łącku zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego;
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - **Konsorcjum: Gülermark Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş.** z siedzibą w Ankarze (Republika Turcji), **Mosty - Łódź S.A.** z siedzibą w Łodzi oraz **Gülermak Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia

1. umarza postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego - **Konsorcjum: BUDIMEX S.A.** z siedzibą w Warszawie oraz **STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o.** z siedzibą w Wysokiej kwoty 18 000 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu;
3. zasądza od odwołującego - **Konsorcjum: BUDIMEX S.A.** z siedzibą w Warszawie oraz **STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o.** z siedzibą w Wysokiej na rzecz zamawiającego kwotę 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017r 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 Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

UZASADNIENIE

Skarb Państwa - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie reprezentowany przez Oddział Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Krakowie oraz Polska Spółka Gazownictwa Sp. z o.o., Oddział Zakład Gazowniczy w Krakowie, zwany dalej: „zamawiającym” prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* (t.j. - Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S52 odc. Północna Obwodnica Krakowa; węzeł Modlnica - węzeł Kraków Mistrzejowice (bez węzła)” (nr referencyjny: O.KR.D-3.2410.4.2017), zwane dalej: „postępowaniem”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 grudnia 2017 r. pod nr 2017/S 247-517060.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 1 października 2018 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie oraz STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. z siedzibą w Wysokiej, zwani dalej „odwołującym” wnieśli odwołanie w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, iż prowadząc przedmiotowe postępowanie naruszył następujące przepisy:

1. art. 26 ust. 3 i 4 Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3) Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Gülermak do wyjaśnień odnoszących się do zamówień wskazanych przez Wykonawcę na potwierdzenie spełniania warunków określonych w pkt 7.2.3 a) ppkt ii. i iii. IDW w zakresie rzeczywistego zakresu doświadczenia nabytego na poszczególnych realizacjach;
2. art. 26 ust. 3 i 4 Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3) Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Gülermak do wyjaśnień odnoszących się do zamówienia wskazanego na potwierdzenie spełniania warunku określonego w pkt 7.2.3 a) ppkt iii. IDW w zakresie charakterystyki referencyjnego obiektu mostowego;
3. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Gülermak z postępowania, pomimo iż rzeczony wykonawca w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił w zakresie osoby dedykowanej na stanowisko Kierownika Robót Mostowych Budowy Tunelu informacje wprowadzające w

błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu;

4. ewentualnie art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art 7 ust 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp poprzez przyznanie Konsorcjum Gülermak maksymalnej liczby punktów w kryterium odnoszącym się do Kierownika Robót Mostowych Budowy Tunelu wbrew znaczeniom tego kryterium wynikającym z treści SIWZ, co doprowadziło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W związku z postawionymi zarzutami odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu uwzględnienia odwołania oraz unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum Gülermak i powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w zakresie wskazanym w uzasadnieniu odwołania, w ramach której nastąpi:

- wezwanie Konsorcjum Gülermak do wyjaśnień odnoszących się do zamówień wskazanych przez Wykonawcę na potwierdzenie spełniania warunków określonych w pkt 7.2.3 a) ppkt ii. i iii. IDW w zakresie rzeczywistego zakresu doświadczenia nabytego na poszczególnych realizacjach;
- wykluczenie Konsorcjum Gülermak z uwagi na posłużenie się nieprawdziwymi informacjami;
- wezwanie Konsorcjum Gülermak do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp lub do wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp w zakresie spełniania przez Konsorcjum Gülermak określonego w pkt 7.2 ppkt 3 lit. a) SIWZ warunku udziału w postępowaniu;
- ewentualnie modyfikacja punktacji przyznanej Konsorcjum Gülermak w ramach kryterium pozacenowego odnoszącego się do Kierownika Robót Mostowych Budowy Tunelu i przyznanie w tym zakresie 1 pkt zamiast 3 pkt.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania przedstawił okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające - w jego ocenie - wniesienie środka ochrony prawnej.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 185 ust. 2 i 3 Pzp, Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym, jako uczestnika:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: STECOL CORPORATION z siedzibą w Tiencinie oraz Polbud Pomorze Sp. z o.o. z siedzibą w Łącku zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, zwanych w uzasadnieniu przedmiotowego orzeczenia jako: „Konsorcjum STECOL”;
- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: Gülermark Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş. z siedzibą w Ankarze, Mosty - Łódź S.A. z siedzibą w Łodzi oraz Gülermak Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zwanych w uzasadnieniu przedmiotowego orzeczenia jako: „Konsorcjum Gülermak”.

Konsorcjum Gülermak na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania wniosło opozycję wobec przystąpienia Konsorcjum STECOL do udziału w postępowaniu w odwoławczym po stronie odwołującego w związku z brakiem interesu Konsorcjum STECOL oraz twierdzeniem, że nie jest już ono wykonawcą w przedmiotowym postępowaniu.

Izba oddaliła przedmiotowy wniosek uznając, że interes, o którym mowa w art. 185 ust. 2 Pzp jest inną, szerszą kategorią prawną, niż wymagany w art. 179 ust. 1 Pzp interes w uzyskaniu danego zamówienia. Instytucja przystąpienia zbliżona jest do uczestnictwa w postępowaniu nieprocesowym. Dla uzyskania statusu interwenienta wystarczające jest w zasadzie, gdy wykonawca zainteresowany jest wynikiem sprawy. Dla uzyskania statusu przystępującego wystarczające zatem będzie zainteresowanie wynikiem sprawy, zgodnie ze stanowiskiem strony, do której zgłasza się przystąpienie. Ponadto uprawnienie do wniesienia opozycji zgodnie z treścią art. 185 ust. 4 Pzp przysługuje zamawiającemu lub odwołującemu.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania zamawiający złożył oryginał odpowiedzi na odwołanie, w której wniósł o pominięcie zarzutów wskazanych w punktach 3 oraz 4 odwołania, oddalenie odwołania w pozostałym zakresie lub ewentualnie o oddalenie odwołania w całości..

Konsorcjum Gülermak na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania złożyło oryginał swojego pisma procesowego, w którym wniosło o oddalenie odwołania w całości.

Odwołujący na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania.

Na skutek cofnięcia odwołania wystąpiły przesłanki do umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 187 ust. 8 Pzp (*Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze. Jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90% wpisu.*).

Cofnięcie odwołania jest nieograniczonym uprawnieniem odwołującego do czasu zamknięcia rozprawy. Skuteczne cofnięcie odwołania znosi wszelkie skutki prawne związane z jego wniesieniem.

Cofnięcie odwołania nastąpiło przed otwarciem rozprawy, zatem Izba umorzyła postępowanie odwoławcze na podstawie wskazanego art. 187 ust. 8 Pzp i nakazała dokonanie zwrotu odwołującemu 90% wpisu.

Jednocześnie, zgodnie z wnioskiem zamawiającego i na podstawie złożonej do akt sprawy faktury VAT, Izba zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600,00 zł, tytułem zwrotu kosztów zastępstwa przez pełnomocnika, w oparciu o przepisy § 3 pkt 2 lit. b) i § 5 ust. 1 pkt 3 lit. b) 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. z 2017 r. poz. 47), gdyż odwołanie zostało cofnięte na mniej niż 1 dzień przed dniem, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....