

Sygn. akt: KIO 908/19

POSTANOWIENIE

z dnia 4 czerwca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu **4 czerwca 2019 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **20 maja 2019 r.** przez wykonawcę **INFORES POBO Sp. z o. o. Sp. k., ul. Mickiewicza 4, 37-700 Przemyśl** w postępowaniu prowadzonym przez **Specjalistyczny Psychiatryczny Zespół Opieki Zdrowotnej, ul. Kościuszki 18, 37-500 Jarosław**

przy udziale wykonawcy **BETONBUD Sp. z o.o., ul. Poniatowskiego 49, 37-500 Jarosław** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.

2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **INFORES POBO Sp. z o. o. Sp. k., ul. Mickiewicza 4, 37-700 Przemyśl** kwoty **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

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 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 Rzeszowie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „*Modernizację i rozbudowę Budyńku Nr 1 połączona z modernizacją energetyczną budynku w ramach RPO WP na lata 2014-2020*” (Nr sprawy 14/ZP/2018); zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 529147- N - 2019, data zamieszczenia 25.03.2019 r., przez Specjalistyczny Psychiatryczny Zespół Opieki Zdrowotnej, ul. Kościuszki 18, 37-500 Jarosław zwany dalej: „*Zamawiającym*”.

W dniu 14.05.2019 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej - BETONBUD Sp. z o.o., ul. Poniatowskiego 49, 37-500 Jarosław zwanej dalej: „*BETONBUD Sp. z o.o.*” albo „*Przystępującym*”. Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła oferta – INFORES POBO Sp. z o. o. Sp. k., ul. Mickiewicza 4, 37-700 Przemyśl zwana dalej: „*INFORES POBO Sp. z o. o. Sp. k.*” albo „*Odwołującym*”.

W dniu 20.05.2019 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) INFORES POBO Sp. z o. o. Sp. k. wniosło odwołanie na czynność z 14.05.2019 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał 17.05.2019 r. (e-mailem). Zarzucił:

- 1) bezpodstawne uznanie przez Zamawiającego, że Betonbud Sp. z o.o. spełnia warunki udziału w postępowaniu, podczas gdy Zamawiający zaniechał sprawdzenia, w sytuacji korzystania przez Przystępującego z potencjału innego podmiotu, czy zasoby udostępniającego będą rzeczywiście wykorzystane przy realizacji zamówienia i w jakim zakresie, przez co Zamawiający naruszył przepis art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 1b oraz art. 22a ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 16 października 2018 r. poz. 1986 ze zm.) zwanej dalej: „*Pzp*”, co w konsekwencji doprowadziło do bezpodstawnego wyboru Betonbud Sp. z o.o.
- 2) niezachowania przez Zamawiającego zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, poprzez dwukrotne wezwanie przez Zamawiającego Wykonawcy - Betonbud Sp. z o.o., kierowanego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a także uznanie przez Zamawiającego, że wadium wniesione przez tego Wykonawcę w kwocie 45 000,00 zł, wpłacone gotówką na rachunek bankowy w banku Zamawiającego, zostało wniesione w sposób prawidłowy, przez co Zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 Pzp,
- 3) zaniechanie wezwania wybranego Betonbud Sp. z o.o., na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp, do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie przez tego

wykonawcę warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej i doświadczenia tj., że podmiot trzeci (PHIJ REMBUD R. S.), na którego wiedzę i doświadczenie wykonawca będzie polegać, wykonał roboty budowlane na zadaniu budowy budynku Gimnazjum i SP w Bełżcu, zgodnie z przepisami prawa budowlanego i w sposób należyty, a w szczególności nie zbadanie skuteczności zobowiązania P.H.U. REMBUD R. S. do udostępnienia zasobów i jego zakresu na potrzeby realizacji zamówienia. Jak wynika z referencji przedstawionych przez Wykonawcę, nie jest jasne czy roboty budowlane zostały prawidłowo ukończone przez podmiot trzeci, na którego doświadczenie powołuje się Wykonawca, a poza tym przedłożone zobowiązanie nie dowodzi jaki konkretny zakres będzie wykonywany przez podmiot trzeci oraz w jakim zakresie zasób realnie będzie udostępniony,

4) zaniechanie wykluczenia z postępowania wybranego wykonawcy Betonbud Sp. z o.o., na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp ze skutkiem odrzucenia oferty, pomimo, że Wykonawca ten nie spełnił warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz nie wykazał, iż posiada odpowiednią sytuację finansową i ekonomiczną oraz doświadczenie do zrealizowania zamówienia,

5) zaniechanie odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp, wobec złożenia przez Betonbud Sp. z o.o. wadium w gotówce na rachunek bankowy Zamawiającego w Spółdzielczym Banku w Jarosławiu, co stanowi naruszenie art. 45 ust. 7 Pzp, mając na uwadze wysokość żądanego przez Zamawiającego wadium oraz przepisy ustawy o przeciwdziałaniu praniu brudnych pieniędzy.

Wnosił o uwzględnienie odwołania i w związku w tym:

1) nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej Betonbud Sp. z o.o.,
2) dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem zastrzeżeń zgłoszonych w niniejszym odwołaniu, z zachowaniem równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji przez Zamawiającego,

3) zasądzenie na rzecz Odwołującego się od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego wraz z kosztami zastępstwa procesowego, poniesione przez Odwołującego w kwocie 3600 zł, zgodnie z przedłożoną fakturą pełnomocnika oraz zwrot kosztów poniesionej opłaty skarbowej od udzielonego pełnomocnictwa. Odwołanie zostało podpisane przez radcę prawnego na podstawie pełnomocnictwa z 17.05.2019 r. załączonego do odwołania udzielonego przez Cz. Z. ujawnionego w załączonym wydruku KRS-u i umocowanego do samodzielnej reprezentacji.

Zamawiający w dniu 20.05.2019 r. wezwał (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 23.05.2019 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) BETONBUD 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. Zgłoszenie przystąpienia zostało podpisane przez P.Z. ujawnianego w załączonym KRS-ie i umocowanego do samodzielnej reprezentacji.

W dniu 27.05.2019 r. (e-mailem), 30.05.2019 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesionego odwołania wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił częściowo odwołanie. Odnosząc się do poszczególnych zarzutów Odwołującego, Zamawiający podnosił, że uwzględni w całości zarzuty przedstawione w pkt 1 i 4 odwołania dotyczące bezpodstawnego uznania przez Zamawiającego, że Betonbud Sp. z o. o. spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz zaniechania wykluczenia z postępowania wybranego wykonawcy pomimo, że niespełnienia warunków w postępowania w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Zamawiający oceniając ofertę Betonbud Sp. z o. o. na podstawie złożonych dokumentów nieprawidłowo uznał, że spełnia ona warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający nie uwzględnił podczas oceny zapisów w art. 22a ust. 4 Pzp, w myśl którego w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Betonbud Sp. z o.o. w załączonych do oferty dokumentach (Formularz Ofertowy) nie wskazał żadnego podwykonawcy ani zakresu prac, które powierzy podwykonawcy. Odpowiedź na odwołanie została podpisana przez Dyrektora jednostki.

W dniu 30.05.2019 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Odwołujący stwierdził w ramach złożonego pisma - co następuje: Wobec uznania przez Zamawiającego zarzutów Odwołującego się w całości w zakresie pkt 1 oraz pkt 4 (pismo Zamawiającego z 27.05.2019 r.), cofnął pozostałe zarzuty przedstawione w odwołaniu, tj. w zakresie pkt 2, 3 oraz 5. Pismo zostało podpisane przez radcę prawnego, tak jak w odwołaniu.

W dniu 04.06.2019 r. w związku z postanowieniem Izby z 21.05.2019 r. odbyło się posiedzenie niejawne z udziałem stron.

Na posiedzeniu Zamawiający podtrzymał swoje oświadczenie o uwzględnieniu części zarzutów, a Odwołujący oświadczenie o wycofaniu zarzutów pozostałych. Przystępujący z kolei się nie stawiał mimo prawidłowego zawiadomienia - dowód w aktach sprawy.

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 wykonawca, który przystąpił po stronie Zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów.

Wobec uwzględnienie w części – co do sprzeciwu, należy stwierdzić że wyznaczona do rozpoznania sprawy rozprawa i poprzedzające ją posiedzenie z udziałem stron to ta faza postępowania odwoławczego, w której następuje koncentracja czynności, wniosków i oświadczeń stron oraz uczestników postępowania zmierzająca do zakończenia postępowania toczącego się na skutek wniesienia odwołania. Z powyższego wynika, że po skierowaniu odwołania na posiedzenie z udziałem stron lub na rozprawę odwołanie, co do zasady, będzie rozpatrzone na tym posiedzeniu lub rozprawie i tam też rozpatrzone zostaną ewentualne zgłoszone wnioski i oświadczenia stron, takie jak oświadczenie co do uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego, czy ewentualny sprzeciw co do uwzględnienia odwołania.

Skoro zatem uwzględnienie odwołania przez Zamawiającego może nastąpić najpóźniej do ostatecznego rozstrzygnięcia w przedmiocie wniesionego odwołania, co – w razie wyznaczenia posiedzenia lub rozprawy mających na celu rozpatrzenie odwołania – odbędzie się na tym posiedzeniu lub rozprawie, ewentualny sprzeciw w tym zakresie również można zgłosić w tym czasie. W warunkach prawidłowego powiadomienia Przystępującego po stronie Zamawiającego o terminie posiedzenia, na którym ma zostać rozpatrzone odwołanie, uznać należy że na tym posiedzeniu Przystępujący może zgłosić ewentualny sprzeciw co do uwzględnienia odwołania, w tym wypadku w części. Niestawiennictwo wykonawcy - Przystępującego po stronie Zamawiającego, mimo prawidłowego zawiadomienia o terminie posiedzenia, należy uznać za rezygnację z uprawnień do reprezentowania swoich interesów, tożsame z niezłożeniem sprzeciwu co do uwzględnienia odwołania, w tym wypadku w części.

Inaczej mówiąc, Przystępujący po stronie Zamawiającego, prawidłowo zawiadomiony o terminie posiedzenia w sprawie nie skorzystał z prawa do wniesienia sprzeciwu pisemnie lub ustnie do protokołu posiedzenia. Skoro odwołanie zostało skierowane do rozpoznania na posiedzenie z udziałem stron, Izba nie wzywała oddzielenie Przystępującego po stronie Zamawiającego, do złożenia oświadczenia w przedmiocie sprzeciwu, uznając, iż jego nieusprawiedliwione niestawiennictwo na posiedzeniu oznacza rezygnację z prawa do zgłoszenia sprzeciwu.

W konsekwencji, w niniejszej sprawie umorzenie postępowania nastąpiło na

posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron, na którym Przystępujący po stronie Zamawiającego mógł wnieść sprzeciw wobec uwzględnienia w części zarzutów przez Zamawiającego. Brak stawiennictwa Przystępującego po stronie Zamawiającego nie uniemożliwił zatem umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 186 ust. 3a Pzp.

Izba uznaje także, że profesjonalny uczestnik postępowania, którym bezspornie jest Przystępujący po stronie Zamawiającego, rozumiał status w jakim występują w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym i znał wszystkie konsekwencje i skutki wynikające z niniejszego stanu rzeczy. Zamawiający, nadto przesłał Przystępującemu po jego stronie swoją odpowiedź na odwołanie w ramach której uwzględnia odwołanie w części (dowód na tą okoliczność w odpowiedzi na odwołanie: na ostatniej stronie informacja – „Otrzymują” a następnie m.in. dane i adres Przystępującego). Izba wskazuje, że nie pozostało to bez wpływu na jej stanowisko. Dodatkowo Izba wzięła pod uwagę również konieczność sprawnego prowadzenia postępowania, profesjonalny charakter jego uczestników i przysługujący jego uczestnikom środek zaskarżenia w postaci skargi.

Tym samym, Izba w pełni podzieliła stanowisko i argumentację wyrażoną, w odniesieniu do analogicznej sytuacji, w postanowieniach KIO: z 09.06.2010 r., sygn. akt: KIO 991/10, z 11.08.2010 r., sygn. akt: KIO 1575/10, z 27.06.2012 r., sygn. akt: KIO 1264/12, z 23.08.2012 r., sygn. akt: KIO 1722/12, z 10.03.2014 r., sygn. akt: KIO 360/14, z 20.03.2014 r., sygn. akt: KIO 442/14; z 07.08.2014 r., sygn. akt: KIO 1524/14, z 05.09.2014 r., sygn. akt: KIO 1744/14, z 04.02.2015 r., sygn. akt: KIO 151/15, z 01.12.2015 r., sygn. akt: KIO 2534/15, z 16.12.2015 r., sygn. akt: KIO 2637/15, z 26.04.2016 r., sygn. akt: KIO 523/16, z 20.07.2016 r., sygn. akt: KIO 1259/16, z 31.08.2016 r., sygn. akt: KIO 1563/16 z 06.09.2017 r., sygn. akt: KIO 1770/17 oraz z 05.07.2018 r., sygn. akt: KIO 1251/18.

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 wykonawca, który przystąpił po stronie Zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów.

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). 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 i poz. 1992) - 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:

.....