

**POSTANOWIENIE**

**z dnia 24 października 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 **24 października 2019 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **10 października 2019 r.** przez wykonawcę **Hochtief Polska S.A., ul. Elbląska 14, 01-737 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersytet Warmińsko - Mazurski w Olsztynie, ul. Oczapowskiego 2, 10-719 Olsztyn**

przy udziale wykonawców **Konsorcjum Firm: 1) ALSTAL Grupa Budowlana Sp. z o.o. sp. k. (Lider); ALSTAL Real Estate Sp. z o.o. (Partner): z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Kwiatowa 23, 88-110 Jacewo** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

**postanawia:**

**1. Umarza postępowanie odwoławcze.**

2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Hochtief Polska S.A., ul. Elbląska 14, 01-737 Warszawa** kwoty **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia 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 27 września 2019 r. poz. 1843) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Olsztynie**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Budowa budynku Wydziału Prawa i Administracji oraz Wydziału Nauk Społecznych Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego przy ul. Warszawskiej w Olsztynie”, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2019/S 138 - 338879 z 19.07.2019 r., przez Uniwersytet Warmińsko - Mazurski w Olsztynie, ul. Oczapowskiego 2, 10-719 Olsztyn zwany dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 01.10.2019 r. (na: <http://platformazakupowa.pl/pn/umw.edu/>) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej – A. Sp. z o.o., ul. Braci Prankel 1, 47-100 Strzelce Opolskie zwanej dalej: „A. Sp. z o.o.” albo „Przystępującym po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt: KIO 2019/19 oraz w sprawie o sygn. akt: KIO 2043/19”. Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła oferta firmy: Hochtief Polska S.A., ul. Elbląska 14, 01-737 Warszawa zwana dalej: „Hochtief Polska S.A.” albo „Odwołującym w sprawie o sygn. akt: KIO 2019/19” albo „Przystępującym po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt: KIO 2043/19”. Trzecią pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła oferta firmy: Konsorcjum Firm: 1) ALSTAL Grupa Budowlana Sp. z o.o. sp. k. (Lider); ALSTAL Real Estate Sp. z o.o. (Partner); z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Kwiatowa 23, 88-110 Jacewo zwanego dalej: „Konsorcjum ALSTAL” albo „Przystępującym po stronie Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 2019/19” albo „Odwołującym w sprawie o sygn. akt: KIO 2043/19”.

Na mocy zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z 15.10.2019 r. sprawy o sygn. akt: KIO 2019/19, sygn. akt: KIO 2043/19 zostały skierowane do łącznego rozpatrzenia. Odwołanie o sygn. akt: KIO 2043/19 zostało skierowane do rozpoznania na rozprawie.

W dniu 10.10.2019 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Hochtief Polska S.A. wniosło odwołanie na w/w czynność z 01.10.2019 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w tym samym dniu (e-mailem). Stwierdził, że wnosi odwołanie wobec:

a) zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia wykonawcy A. Sp. z o. o. z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 17 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”, pomimo sytuacji w której wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd co do

okoliczności podlegających ocenie w ramach oceny ofert,

b) czynności Zamawiającego z 01.10.2019 r., polegającej na ocenie ofert i wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez A. Sp. z o. o. który to wykonawca podlegał wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 17 Pzp, względnie

c) uwzględnienia w ramach oceny ofert w kryterium Doświadczenie kierownika budowy inwestycji, w trakcie których osoba wskazana przez wykonawcę na kierownika budowy nie zajmowała stanowiska kierownika robót konstrukcyjno- budowlanych.

Czynnościom tym zarzucił naruszenie:

a) art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, przez nieuzasadnione zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu A. Sp. z o. o. w sytuacji, w której wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd co do funkcji sprawowanej przez p. M. J.:

a. przy realizacji inwestycji „Budowa budynku Lotniskowej Straży Pożarnej oraz rozbioru i adaptacji budynków administracyjno-gospodarczych wraz z infrastrukturą towarzyszącą Portu Lotniczego „Mazury” w Szymanach”, wskazując iż była ona kierownikiem robót konstrukcyjno- budowlanych. podczas gdy z informacji uzyskanych od inwestora wynika, że p. M. J. była zatrudniona jako manager projektu, zaś funkcje kierownika budowy i kierownika robót sprawowali odpowiednio p. K. i L,

b. przy realizacji inwestycji „Kontynuacja budowy całorocznej infrastruktury sportowo-rekreacyjnej nad Jeziorem Krzywym w Olsztynie”, wskazując iż była ona kierownikiem robót konstrukcyjno-budowlanych, podczas gdy z publicznie dostępnych informacji wynika, że p. M. J. była zatrudniona jako manager projektu.

które to okoliczności stanowiły podstawę do przyznania wykonawcy A. Sp. z o. o. 16 punktów w ramach kryterium oceny Doświadczenie Kierownika budowy;

b) art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, przez nieuzasadnione zaniechanie odrzucenia ofert wykonawcy A. Sp. z o. o., pomimo spełnienia się przesłanki obligatoryjnego wykluczenia z udziału w postępowaniu - wprowadzenia Zamawiającego w błąd co do okoliczności mającej istotny wpływ na rozstrzygnięcie postępowania - skutkującej przyznaniem A. Sp. z o. o. maksymalnej liczby punktów w jednym z kryteriów oceny ofert;

c) art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z Rozdz. XII SIWZ poprzez:

i. poddanie ocenie Zamawiającego oferty podlegającej odrzuceniu, względnie

ii. przyznanie w ramach kryterium Doświadczenie Kierownika budowy maksymalnej liczby punktów w sytuacji, w której wykonawca nie przedstawił w ofercie doświadczenia kierownika budowy w prowadzeniu trzech inwestycji o wymaganych parametrach - a więc wykonawca A. Sp. z o. o. nie powinien uzyskać maksymalnej liczby punktów w tym kryterium oceny ofert. Wykonawca żądał:

a) unieważnienia czynności Zamawiającego z 01.10.2019 r. polegającej na ocenie ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej,

b) nakazania Zamawiającemu wykluczenia wykonawcy A. Sp. z o. o. z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 17 Pzp,

c) nakazania Zamawiającemu odrzucenia oferty A. Sp. z o. o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 zw. z art. 24 ust. 4 Pzp,

d) nakazania Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, z wyłączeniem oferty A. Sp. z o. o.

*ewentualnie, z daleko posuniętej ostrożności procesowej.*

e) nakazania Zamawiającemu powtórzenia oceny ofert z wyłączeniem doświadczenia p. M. J. w realizacji inwestycji:

a. „Budowa budynku Lotniskowej Straży Pożarnej oraz rozbiórki i adaptacji budynków administracyjno-gospodarczych wraz z infrastrukturą towarzyszącą Portu Lotniczego „Mazury” w Szymanach”,

b. „Kontynuacja budowy całorocznej infrastruktury sportowo-rekreacyjnej nad Jeziorem Krzywym w Olsztynie”

jako niespełniającego wymogów określonych w Rozdziale XIII SIWZ - kryterium Doświadczenie Kierownika budowy.

Zamawiający w dniu 11.10.2019 r. (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 14.10.2019 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) przez Konsorcjum ALSTAL zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego: Konsorcjum ALSTAL.

W dniu 14.10.2019 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) przez A. Sp. z o.o. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia nie została przekazana Odwołującemu. Zgłoszone przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zostało podpisane przez P. Z. osobę ujawnioną w załączonym do zgłoszenia wydruku KRS-u i umocowaną do samodzielnej reprezentacji.

Wobec braku dowodu przekazania kopii zgłoszonego przystąpienia Odwołującemu zgodnie z art. 185 ust. 2 zdanie drugie Pzp, Izba uznaje zgłoszenie A. Sp. z o.o. za nieskuteczne.

W dniu 18.10.2019 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w całości m.in. odwołanie o sygn. akt: KIO 2019 /19. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującemu. Niniejsza odpowiedź została podpisana przez Kanclerza.

W dniu 24.10.2019 r. w związku z postanowieniem Izby z 15.10.2019 r. odbyło się posiedzenie niejawne z udziałem stron.

Na posiedzeniu – nie stawił się zgłaszający przystąpienie po stronie Zamawiającego A. Sp. z o.o. Prawidłowo zawiadomiony o terminie posiedzenia. Dowód w aktach postępowania (16.10.2019 r.). Jednocześnie Odwołujący oświadczył, że nie otrzymał kopii zgłoszonego przystąpienia tego Wykonawcy. Zamawiający okazał swoją kopie, z której Izba sporządziła duplikat. Jednocześnie, Izba wskazuje, że nie dysponowała w aktach postępowania dowodami przekazywania kopii przystąpienia A. Sp. z o.o. obu stronom postępowania.

Izba biorąc pod uwagę dokonane uwzględnienie, uznała, że mamy do czynienia z uwzględnieniem w całości odwołania, oraz brak zgłoszonych przystąpień po stronie Zamawiającego, uznała w konsekwencji, że istniała podstawa do przyjęcia, iż postępowanie odwoławcze – stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 2 Pzp - należało umorzyć. Wobec ustalenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a po stronie Zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 2 oraz art. 192 ust. 1 zd. 2 Pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze o sygn. akt: KIO 1095/19 na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron. Nadto Izba podkreśla, że skoro A. Sp. z o.o. nie stawił się na posiedzeniu, tym samym zrezygnował z ewentualnego wykazywania skutecznego przekazania kopii przystąpienia po stronie Zamawiającego Odwołującemu. Jednocześnie, zrezygnował tym samym, z możliwości złożenia ewentualnego sprzeciwu. Jego nie stawiennictwo uznaje się także zgodnie z orzecznictwem za brak sprzeciwu w tym zakresie (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, z 05.07.2018 r., sygn. akt: KIO 1251/18 oraz z 04.06.2019 r., sygn. akt: KIO 908/19).

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, iż z mocy 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 1 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:**

.....