

POSTANOWIENIE
z dnia 15 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu **15 lipca 2021 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **31 maja 2021 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. oraz Polimex Mostostal S.A., al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Łodzi, al. Piłsudskiego 12, 90-051 Łódź**

przy udziale wykonawcy **Primost Południe Sp. z o.o., ul. Odkrywkowa 91, 42-504 Będzin**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. **umarza postępowanie odwoławcze,**
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. oraz Polimex Mostostal S.A., al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa** kwoty **18 000 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej 90% kwoty uiszczonego wpisu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129) 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

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „*Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 715 na odcinku od km 8+200 do km 9+040 wraz z rozbiórką i budową wiaduktu nad torami PKP w Koluszkach*” Województwa Łódzkiego, w imieniu, którego postępowanie prowadzi Zarząd Dróg Wojewódzkich w Łodzi, al. Piłsudskiego 12, 90-051 Łódź (dalej „zamawiający”) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Polimex Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie, B4 Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „odwołujący”) złożyli odwołanie wobec:

1. wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Primost Południe Sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie (dalej „Primost”),
2. uznania, że Primost wykazał spełnienie warunków udziału w zakresie zdolności technicznej i zawodowej,
3. zaniechania wykluczenia Primost pomimo, iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
4. zaniechania wykluczenia Primost pomimo, iż wykonawca ten, wykazując spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu,
5. zaniechania odrzucenia oferty Primost pomimo, że złożył ofertę niezgodną ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”),
6. zaniechania uznania oferty odwołującego za najkorzystniejszą w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12, poprzez uznanie, że Primost spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 6.3.1. ppkt 2) SIWZ, podczas gdy:
 - w ramach inwestycji pn.: „*Budowa drogi ekspresowej S7 Kraków- Rabka Zdrój na odcinku Lubień- Naprawa od ok. ok. 713+580 do ok. 721+170*” realizowanej przez podmiot trzeci BBV System Sp. z o.o. („BBV”), spółka ta wykonała jedynie projekt technologiczny dla jednego z obiektów inwestycji, roboty żelbetowe, sprzężenie płyty ustroju nośnego oraz stanowisko do nasuwania obiektu, gdy tymczasem, zgodnie z treścią warunku udziału z pkt 6.3.1 ppkt 2) SIWZ, należało wykazać się

realizacją porównywalnego do przedmiotu zamówienia zadania w branży mostowej, co oznacza, że takie elementy jak geodezja, posadowienie, wykonanie łożysk oraz wykonanie nawierzchni wraz z urządzeniami BRD nie zostały wykonane przez podmiot trzeci BBV, co uniemożliwia uznanie, że warunek został spełniony, a ponadto prace realizowane przez BBV nie zostały wykonane należycie

- w ramach inwestycji pn.: „Przebudowa wiaduktu na ul. Żorskiej w Rybniku” realizowanej przez Primost, wykonawca ten nie zrealizował robót metodą nasuwania podłużnego, gdy tymczasem zgodnie z treścią udziału z pkt 6.3.1 ppkt 2) SIWZ należało się wykazać inwestycją wykonaną taką metodą, co w konsekwencji uniemożliwia uznanie, że warunek ten został spełniony przez Primost;
a ponadto
 - posłużenie się przez Primost potencjałem podmiotu trzeciego BBV w zakresie warunku, o którym mowa w pkt 6.3.1. ppkt 2 SIWZ było niedopuszczalne – podmiot ten musi być bowiem podwykonawcą, a zamawiający w pkt 4.10.1 SIWZ wskazał, że nie dopuszcza korzystania z podwykonawców w zakresie zasadniczych robót mostowych (fundamentowanie, budowa podpór, płyta pomostu),
 - za niedopuszczalne uznać należy wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w przypadku warunku odnoszącego się do budowy obiektu mostowego (jak w pkt 6.3.1 ppkt 2) SIWZ), poprzez sumowanie potencjału podmiotu trzeciego oraz doświadczenia własnego wykonawcy w sytuacji, gdy doświadczenia te zdobyte zostały w ramach kilku zadań, a żadne z tych doświadczeń nie spełnia indywidualnie wymogów ujętych w warunku z pkt 6.3.1. ppkt 2) SIWZ
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22a ust. 4 w zw. z art. 36a ust. 2, poprzez uznanie, że za dopuszczalne (tj. niestanowiące sprzeczności z SIWZ) należy uznać posłużenie się przez Primost podmiotem trzecim (który będzie podwykonawcą) w odniesieniu do warunku udziału odnoszącego się do doświadczenia w zakresie kompleksowego wykonania robót związanych z budową obiektu mostowego, pomimo jednoznacznego wskazania w treści SIWZ w pkt. 4.10.1 SIWZ, że wykonawca zobligowany jest do osobistego wykonania kluczowych części zamówienia takich jak fundamentowanie, budowa podpór, płyta mostu,
3. art. 24 ust 1 pkt 16 i 17, poprzez zaniechanie uznania, że zmaterializowały się przesłanki, o których mowa w tych przepisach, podczas gdy Primost w wyniku

zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a przynajmniej lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd odnośnie do doświadczenia podmiotu trzeciego udostępniającego Primost zasoby celem spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 6.3.1. ppkt 2) SIWZ,

a w konsekwencji

4. art. 7 ust. 1, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. powtórzenia czynności badania ofert,
3. wykluczenia Primost z postępowania z uwagi na wprowadzenie zamawiającego w błąd oraz niespełnienie warunków udziału dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej.

Pismem z dnia 14 lipca 2021 r., przed wyznaczonym na dzień 16 lipca 2021 r. terminem posiedzenia i rozprawy, odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129) odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy, a cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby.

Zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 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): w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości na skutek cofnięcia odwołania przed otwarciem rozprawy: a) najpóźniej w dniu poprzedzającym dzień, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron lub uczestników postępowania odwoławczego – odwołującemu zwraca się 90% wpisu; w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, w wysokości stanowiącej 90% jego wartości.

Dlatego też Izba orzekła jak w sentencji i nakazała zwrot odwołującemu 90 % kwoty uiszczzonego wpisu od odwołania.

Przewodniczący: