

Sygn. akt: KIO 395/17

POSTANOWIENIE
z dnia 16 marca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego **w dniu 16 marca 2017 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **02 marca 2017 r.** przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych EKO-INWEST S.A., ul. Lucjana Szenwalda 20, 71-281 Szczecin** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Zielona Góra - Miejski Zakład Komunikacji w Zielonej Górze, ul. Chemiczna 8, 65-713 Zielona Góra**

przy udziale wykonawcy **SAFAGE S.A.S. 15-27 rue du Port, Parc de l'Île, 92000 Nanterre Francja, SAFEGE Oddział w Polsce, Eurocentrum Office Complex, Budynek Gamma, Al. Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwa Usług Inwestycyjnych EKO-INWEST S.A., ul. Lucjana Szenwalda 20, 71-281 Szczecin** kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście 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 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Zielonej Górze**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na: „Świadczenie usługi Inżyniera dla kontraktów X, XI, XIII realizowanych w ramach Projektu pn. „Zintegrowany system niskoemisyjnego transportu publicznego w Zielonej Górze” planowanego do współfinansowania z budżetu Unii Europejskiej ze środków Funduszu Spójności w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014 – 2020, znak sprawy: 9/UE/JRP/2016, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2016/S 230 - 419278 z 29.11.2016 r., przez Miasto Zielona Góra - Miejski Zakład Komunikacji w Zielonej Górze, ul. Chemiczna 8, 65-713 Zielona Góra zwane dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 21.02.2017 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej: SAFAGE S.A.S., 15-27 rue du Port, Parc de l'Île, 92000 Nanterre Francja, SAFEGE Oddział w Polsce, Eurocentrum Office Complex, Budynek Gamma, Al. Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa zwanego dalej: „SAFAGE” albo „Przystępującym”. Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła oferta: Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych EKO-INWEST S.A., ul. Lucjana Szenwalda 20, 71-281 Szczecin zwanej dalej: „Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych EKO-INWEST S.A.” albo „Odwołującym”.

W dniu 22.02.2017 r. (faxem) Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych EKO-INWEST S.A przesłało Zamawiającemu pismo odnoszące się do czynności z 21.02.2017 r.

W dniu 24.02.2017 r. (faxem) Zamawiający udzielił odpowiedzi na pismo Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych EKO-INWEST S.A i podtrzymał swoją czynność z 21.02.2017 r.

W dniu 02.03.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych EKO-INWEST S.A wniosło odwołanie na w/w czynność z 21.02.2017 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 01.03.2017 r. (e-mailem). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 lit a) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” . poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty która nie przedstawia najkorzystniejszego bilansu kryterium ceny i pozostałych kryteriów określonych w SIWZ, gdyż w toku oceny oferty Odwołującego zaniżono jej ocenę w kryterium pozacenowym „Dodatkowe osoby wyznaczone do realizacji zamówienia” poprzez bezpodstawne nieuwzględnienie kwalifikacji

jednej z osób (eksperta 2a), co doprowadziło do sklasyfikowania oferty na drugiej pozycji, podczas gdy prawidłowa ocena winna skutkować uznaniem tej oferty za najkorzystniejszą.

2) art. 91 ust 1 w zw. z art.36 ust.1 pkt 13) oraz art.38 ust. 4 Pzp poprzez wybór oferty najkorzystniejszej niezgodnie z kryteriami oceny ofert oraz sposobem dokonywania oceny w tych kryteriach tj, niezgodną z SIWZ ocenę wszystkich ofert w kryterium „Dodatkowe osoby wyznaczone do realizacji zamówienia” polegającą na niezastosowaniu się do wskazanego w SIWZ obowiązku przemnożenia punktacji uzyskanej w tym kryterium przez znaczenie kryterium (mnożnik 40%) co doprowadziło do zwiększenia różnicy pomiędzy ofertą wybraną jako najkorzystniejsza (oferta SAFAGE) a ofertą Odwołującego, skutkując wyborem oferty SAFAGE nie zaś oferty Odwołującego, co miałyby miejsce, gdyby Zamawiający zastosował się do zasad oceny ofert podanych w SIWZ,

3) art. 14 Pzp w zw. z art. 701 § 4 oraz art. 5 i art. 58 § 3 kodeksu cywilnego poprzez niezastosowanie się do warunków przetargu (postanowień SIWZ) dotyczących zasad oceny w kryterium „Dodatkowe osoby wyznaczone do realizacji zamówienia” polegającą na niezastosowaniu się do wskazanego w SIWZ obowiązku przemnożenia punktacji uzyskanej w tym kryterium przez znaczenie kryterium (40%). Brak zastosowania reguł oceny ofert do czego organizator przetargu (Zamawiający) jest obowiązany, doprowadził do skutku opisanego w zarzucie nr 2. Nie zastosowanie reguł oceny ofert wskazanych w SIWZ stanowi także naruszenie art. 38 ust. 4 będąc de facto zmianą SIWZ po terminie składania ofert, gdyż sposób oceny ofert winien być podany w SIWZ (art. 36 ust. 1 pkt 13), a nie ustalany swobodnie przez Zamawiającego.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie w całości niniejszego odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) Ponownej oceny ofert zgodnie z zasadami oceny podanymi w SIWZ, tj.:
 - a. Przyznanie ofercie Odwołującego 40 punktów jako podstawy do obliczenia liczby punktów w kryterium pozacenowym, gdyż obaj dodatkowi eksperci spełniają wymagania dla przyznania po 20 punktów do obliczenia punktacji w kryterium.
 - b. Zastosowanie podanego w SIWZ mnożnika (40%) dla ustalenia liczby punktów przyznawanej ofertom w kryterium pozacenowym.

Ponadto, Odwołujący wnosił o obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego, w tym zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa przed KIO.

Zamawiający w dniu 02.03.2017 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 06.03.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) SAFAGE S.A.S., zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 13.03.2017 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowieź na odwołanie, w której uwzględnił w całości odwołanie. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującemu.

W dniu 13.03.2017 r. (faxem) Prezes KIO w związku z postanowieniem Izby z 13.03.2017 r. wezwał SAFAGE S.A.S. - na podstawie § 13 ust. 2 pkt 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22.03.2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j.: Dz. U. z 2014, poz. 964 oraz Dz. U. z 2017 r., poz. 14) do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu, w terminie 3 dni.

W dniu 16.03.2017 r. (e-mailem) SAFAGE S.A.S. oświadczył że nie zamierza wnosić sprzeciwu.

W dniu 16.03.2017 r. w związku z postanowieniem Izby z dnia 07.03.2017 r. odbyło się posiedzenie niejawne z udziałem stron.

W wyznaczonym terminie posiedzenia i rozprawy przed Izbą, czyli 16.03.2017 r., nie stawiał się Przystępujący. Izba uznała dodatkowo, że niestawiennictwo na posiedzeniu przed Izbą - SAFAGE S.A.S., tj. Przystępujących po stronie Zamawiającego, mimo prawidłowego zawiadomienia o terminie posiedzenia (dowód w aktach postępowania), należy uznać za rezygnację z uprawnień do reprezentowania swoich interesów, tożsamą z niezłożeniem sprzeciwu co do uwzględnienia odwołania. 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 oraz z 20.07.2016 r., sygn. akt: KIO 1259/16.

Reasumując, skoro Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że po przeanalizowaniu stanowiska Odwołującego uznał słuszność argumentacji Odwołującego i uwzględnił odwołanie to stwierdzić należy, że Zamawiający uznał zarzuty Odwołującego.

Zatem mając na uwadze, że:

1. Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu,
2. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił skutecznie wykonawca, który nie skorzystał z prawa wniesienia sprzeciwu,

Izba stwierdziła, w związku z faktem, że Przystępujący do postępowania po stronie Zamawiającego nie wniósł sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, iż postępowanie odwoławcze – stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 3 Pzp – należało umorzyć.

Uwzględniając powyższe, Izba uznała, że istniała podstawa do przyjęcia, iż postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt: KIO 395/17 – stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 3 Pzp oraz art. 192 ust. 1 zd. 2 Pzp - należało umorzyć, na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron.

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 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 (Dz. U. nr 41 poz. 238 oraz Dz. U. z 2017 r., poz. 47). 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 2014, poz. 964 oraz Dz. U. z 2017 r., poz. 14) - 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:

.....