

Sygn. akt: KIO 1730/18

POSTANOWIENIE

z dnia 5 września 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 5 września 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 sierpnia 2018 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Budowlane „DOMBUD” S.A., ul. Drzymały 15, 40-059 Katowice** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Katowice, ul. Młyńska 4, 40-098 Katowice**

przy udziale wykonawcy **D.Ś. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlane CZĘSTOBUD D.Ś., ul. Aleja Bohaterów Monte Cassino 40, 42-200 Częstochowa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Przedsiębiorstwo Budowlane „DOMBUD” S.A., ul. Drzymały 15, 40-059 Katowice** 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 (Dz. U. z 2017 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 Katowicach.

Przewodniczący :

Uzasadnienie

Miasto Katowice (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę hali sportowej dla IV Liceum Ogólnokształcącego im. gen. S.M. w Katowicach. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 4 czerwca 2018 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod pozycją 567237-N-2018.

W dniu 27 sierpnia 2018 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Budowlane „DOMBUD” S.A. z siedzibą w Katowicach (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności Zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane Częstobud D.Ś., mimo że wykonawca ten winien zostać wykluczony z postępowania, ponieważ nie spełnia warunków udziału w postępowaniu określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”), w konsekwencji jego oferta powinna zostać uznana za odrzuconą oraz ze względu na nieprawidłowe przyznanie punktów w kryterium doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, niezgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty Przedsiębiorstwa Budowlanego Częstobud D.Ś., niezgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ, tj. mimo że oferta ta nie jest najkorzystniejsza biorąc pod uwagę treść kryterium oceny ofert określoną w SIWZ (pkt 47 pkt 2 i 48 pkt 2 i 3) - doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia,
- art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wykluczenia wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane Częstobud D.Ś., który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (SIWZ pkt 15 ust. 2 ppkt I) oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez nie uwzględnienie, że ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą,
- 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane Częstobud D.Ś. do wyjaśnień dotyczących oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, ewentualnie zaniechania wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia ww. oświadczeń i dokumentów,
- art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Przedsiębiorstwo

Budowlane Częstobud D.Ś. do wyjaśnień treści oferty, w zakresie wykazania spełnienia kryterium oceny ofert - doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia,

- art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane Częstobud D.Ś., mimo że jego oferta winna być uznana za odrzuconą, a jednocześnie zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, mimo że na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, oferta Odwołującego jest najkorzystniejsza spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, co narusza zasadę prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz udzielania zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o:

- unieważnienie decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty,
- wykluczenie wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane Częstobud D.Ś. z postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia,
- wybór oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w dniu 30 sierpnia 2018 r. zgłosił wykonawca D.Ś. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlane CZĘSTOBUD D.Ś. z siedzibą w Częstochowie.

W dniu 3 września 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo Zamawiającego, w którym Zamawiający złożył oświadczenie, że zarzuty przedstawione w odwołaniu podlegają uwzględnieniu. Na posiedzeniu Izby w dniu 5 września 2018 r. Zamawiający podtrzymał ww. decyzję oświadczając, iż uwzględnia w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Wykonawca D.Ś. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlane CZĘSTOBUD D.Ś. nie stawił się na posiedzenie Izby w dniu 5 września 2018 r. Izba zważyła, że ustawodawca nie wskazał terminu, w jakim wykonawca przystępujący do postępowania odwoławczego może złożyć oświadczenie o sprzeciwie co do uwzględnienia odwołania przez zamawiającego. Nie budzi to jednak wątpliwości, gdyż termin ten skorelowany jest ze skutkami procesowymi określonymi w ustawie, w zależności od etapu, na którym znajduje się postępowanie odwoławcze w chwili uwzględnienia odwołania przez zamawiającego. Wobec złożonego w dniu 3 września 2018 r. oświadczenia Zamawiającego, że uwzględnia zarzuty przedstawione w odwołaniu, to moment zamknięcia posiedzenia Izby stanowił termin stanowczy na złożenie oświadczenia o sprzeciwie wobec uwzględnienia

odwołania przez Zamawiającego. Jest to etap, na którym zapada decyzja Izby o skierowaniu odwołania do rozpoznania na rozprawie, zaś do tego konieczne jest istnienie w sprawie sporu, który Izba może rozstrzygnąć. Skutkiem prawnym braku sprzeciwu uczestnika postępowania jest materialny zanik sporu, będącego warunkiem możliwości wydania merytorycznego rozstrzygnięcia. Wobec braku oświadczenia wykonawcy D.Ś. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlane CZĘSTOBUD D.Ś. co do sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego, Izba zobligowana jest, w związku z brakiem możliwości wydania orzeczenia merytorycznego, do podjęcia rozstrzygnięcia formalnego poprzez umorzenie postępowania odwoławczego. Niestawiennictwo wykonawcy D.Ś. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlane CZĘSTOBUD D.Ś. nie wstrzymywało postępowania odwoławczego, wobec treści § 21 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2017, poz. 14), zgodnie z którym niestawiennictwo strony oraz uczestnika postępowania odwoławczego prawidłowo zawiadomionego o terminie rozprawy nie wstrzymuje rozpoznania odwołania. Przepis ten na mocy § 3 wyżej wskazanego rozporządzenia stosuje się odpowiednio do posiedzeń. Niestawiennictwo prawidłowo zawiadomionego przystępującego na posiedzeniu stanowi o rezygnacji z czynnego uczestnictwa w postępowaniu odwoławczym, a także wyczerpuje drugą przesłankę - braku zgłoszenia sprzeciwu, o której mowa w art. 186 ust. 3 ustawy Pzp.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 186 ust. 3 ustawy Pzp, postanowiła postępowanie odwoławcze umorzyć.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp w zw. z art. 186 ust. 3 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść art. 186 ust. 6 pkt 2 lit. b ustawy Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący :