

POSTANOWIENIE
z dnia 9 sierpnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 9 sierpnia 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 lipca 2018 r. przez wykonawcę **Drog-Bud Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Częstochowie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Opolu**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum **Remost Z. M., H. M., K. M. Spółka jawna z siedzibą w Oleśnie, Wytwórnia Mas Bitumicznych „Asfalt” Spółka cywilna z siedzibą w Oleśnie oraz C. Ekologia i Zieleń Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Siemianowicach Śląskich** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Drog-Bud Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Częstochowie** kwoty **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Opolu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Zarząd Dróg Wojewódzkich w Opolu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Poprawa dostępności do węzłów autostrady A4 Gogolin i Olszowa. Zadanie 9 Budowa obwodnicy Dobrodzienia w ciągu drogi wojewódzkiej nr 901” (nr postępowania W.P.6021.13.2018).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 17 kwietnia 2018 r. pod numerem 2018/S 074-163408. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm., dalej „Ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Ustawy Pzp.

W dniu 30 lipca 2018 r. wykonawca Drog-Bud Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Częstochowie (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności wyboru przez Zamawiającego w dniu 20 lipca 2018 r. jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm: REMOST Z. M., H. M., K. M. Spółka jawna z siedzibą w Oleśnie, Wytwórnia Mas Bitumicznych „ASFALT” S.C. z siedzibą w Oleśnie, C. Ekologia i Zieleń Sp. z o. o. z siedzibą w Siemianowicach Śląski, pomimo iż Konsorcjum winno zostać wykluczone z postępowania, gdyż nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu, a jego oferta powinna zostać odrzucona, zaniechania odrzucenia przez Zamawiającego oferty Konsorcjum, zaniechania przez Zamawiającego wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 91 ust. 1 Ustawy Pzp w związku z art. 24 ust 1 pkt 12, pkt 16 i pkt 17 Ustawy Pzp poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum, mimo że Konsorcjum winno zostać wykluczone z postępowania, gdyż nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia polegającego na wykonaniu w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert samodzielnie lub łącznie przez członków Konsorcjum minimum jednego zadania w zakresie robót drogowych o wartości co najmniej 35.000.000,00 zł na drodze o parametrach co najmniej klasy G (pkt 4.3.1. a) SIWZ) oraz w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadziło Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu;
2. art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Ustawy Pzp poprzez wybór oferty Konsorcjum, pomimo faktu, iż Konsorcjum winno zostać wykluczone z postępowania

a jego oferta odrzucona, czym Zamawiający nie zapewnił zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowanie wykonawców;

3. art. 91 ust 1 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, pomimo iż spełniała ona warunki określone przez Zamawiającego w SIWZ i była najkorzystniejsza spośród ofert nie podlegających odrzuceniu, albowiem Odwołujący wykazał spełnienie wszystkich tych warunków, podczas gdy Konsorcjum nie wykazało, iż jeden z jego członków lub chociażby wszyscy łącznie spełniają warunek określony w pkt. 4.3.1. a) SIWZ polegający na wykonaniu w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert samodzielnie lub łącznie przez członków Konsorcjum minimum jednego zadania w zakresie robót drogowych o wartości co najmniej 35.000.000,00 zł na drodze o parametrach co najmniej klasy G;
4. art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, mimo że oferta ta jest niezgodna z SIWZ, gdyż Konsorcjum nie posiada zdolności technicznej lub zawodowej niezbędnej do realizacji zamówienia określonej w pkt. 4.3.1. a) SIWZ, w postaci wykonania zadania w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert w zakresie robót drogowych o wartości co najmniej 35.000.000,00 zł na drodze o parametrach co najmniej klasy G;
5. art. 26 ust. 3 Ustawy Pzp w zw. z art. 22d ust. 1 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Konsorcjum do przedstawienia dokumentów potwierdzających fakt spełnienia wymogu określonego w pkt. 4.3.1. a) SIWZ pomimo określenia takiego żądania przez Zamawiającego w SIWZ i nie przedstawieniu przez Konsorcjum dokumentów jednoznacznie potwierdzających posiadanie przez niego określonej zdolności technicznej lub zawodowej.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty poprzedzonej oceną spełnienia przez wykonawców, w tym Konsorcjum, warunków udziału w postępowaniu i dokonanie ponownej oceny spełnienia przez nich warunków udziału i złożonych na ich potwierdzenie dokumentów;
2. ewentualnie nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum z uwagi na jej niezgodność z SIWZ;
3. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego uzasadnionych kosztów postępowania przed Izbą, obejmujących uiszczony wpis od odwołania;

Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum Remost Z. M., H. M., K. M. Spółka jawna z siedzibą w Oleśnie, Wytwórnia Mas Bitumicznych „Asfalt” Spółka cywilna z siedzibą w Oleśnie oraz C.

Ekologia i Zielen Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Siemianowicach Śląskich przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (dalej jako „Przystępujący”), wobec spełnienia ustawowych przesłanek określonych w art. 185 ust. 2 i 3 Ustawy Pzp. Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 sierpnia 2018 r., przy czym Zamawiający informację o wpłynięciu odwołania w tej sprawie przekazał wykonawcom w dniu 31 lipca 2018 r., a zatem 3-dniowy termin na zgłoszenie przystąpienia został zachowany. Przystępujący wskazał również stronę, do której przystępuje (Zamawiającego) oraz interes w rozstrzygnięciu postępowania na korzyść tej strony. Kopie zgłoszenia przystąpienia zostały przekazane Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 6 sierpnia 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, w której poinformował on, iż uwzględnia odwołanie w całości.

Wobec powyższego Izba w dniu 7 sierpnia 2018 r. wezwała Przystępującego na podstawie § 13 ust. 2 pkt 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (tj. Dz. U. z 2018, poz. 1092) do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu co do uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu w terminie 3 dni od dnia otrzymania wezwania pod rygorem umorzenia postępowania odwoławczego.

W dniu 8 sierpnia 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo Przystępującego, w którym oświadczył on, iż nie wnosi sprzeciwu przeciw uwzględnieniu odwołania w całości przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż zarówno odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, jak i pismo Przystępującego informujące o tym, że Przystępujący nie wnosi sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, zostały złożone prawidłowo i podpisane przez osoby umocowane.

Uwzględniając powyższe Izba uznała, że zachodzą podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego na posiedzeniu niejawnym na podstawie art. 186 ust. 3 Ustawy Pzp. Zgodnie z treścią tego przepisu jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Oznacza to, że oświadczenie zamawiającego o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołania oraz okoliczność braku wniesienia sprzeciwu co do tej czynności przez uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie Zamawiającego wyczerpuje dyspozycję art. 186 ust. 3

Ustawy Pzp i obliguje Izbę do umorzenia postępowania odwoławczego. Taka sytuacja zaistniała w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym. Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie w sposób niebudzący wątpliwości wyraził wolę uwzględnienia w całości wszystkich zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Z kolei z pisma Przystępującego z dnia 8 sierpnia 2018 r. jednoznacznie wynika, iż zrezygnował on z przysługującego mu uprawnienia do wniesienia sprzeciwu odnośnie uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów zawartych w odwołaniu w całości.

Izba zważyła, że dla wywarcia skutku w postaci możliwości umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego konieczne i wystarczające jest uwzględnienie przez Zamawiającego w całości zarzutów zawartych w odwołaniu. Skuteczne skorzystanie przez Zamawiającego z przysługującej mu tzw. czynności dyspozytywnej (uwzględnienia w całości zarzutów odwołania), w sytuacji gdy uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania. Natomiast dalsze czynności, które Zamawiający podejmie w celu uczynienia zadość żądaniom odwołania, pozostają poza oceną Izby w ramach ustalenia zaistnienia przesłanki umorzenia postępowania odwoławczego. Podkreślić jednak należy, iż zgodnie z dyspozycją art. 186 ust. 3 *in fine* Ustawy ustawodawca nałożył na Zamawiającego obowiązek wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 186 ust. 3 Ustawy Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia zgodnie z art. 192 ust. 1 zd. 2 Ustawy Pzp.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uznała, że ponieważ uwzględnienie w całości zarzutów odwołania nastąpiło przed otwarciem rozprawy, z mocy art. 186 ust. 6 pkt 2 lit. b) Ustawy Pzp koszty te znoszą się wzajemnie. Jednocześnie Izba nakazała dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 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).

Przewodniczący: