

Sygn. akt: KIO 1436/19

POSTANOWIENIE
z dnia 7 sierpnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk
Członkowie: Lubomira Matczuk-Mazuś,
Małgorzata Matecka

Protokolant: Norbert Sierakowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 7 sierpnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 lipca 2019 r. przez odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum - **Budimex S.A., Ferrovia Agroman S.A.** (ul. Stawki 40 01-040 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni** (ul. Chrzanowskiego 10 81-338 Gdynia),
przy udziale:

- A. wykonawcy: **Sinohydro Corporation Limited** (Yard 17, Xicui Road 23/601, 100036 Pekin) zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego;
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum - **N.V. BESIX S.A., NDI Sp. z o.o., NDI S.A.** (Avenue des Communautés 100 1200 Bruksela) zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze;
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum - **Budimex S.A., Ferrovia Agroman S.A.** (ul. Stawki 40 01-040 Warszawa) kwoty 18.000 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej 90 % kwoty uiszczonej przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 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 **Gdańsku**.

.....

.....

.....

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp] przez zamawiającego: Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni w ramach projektu pn.: „Budowa drogi wodnej łączącej Zalew Wiślany z Zatoką Gdańską – Część I”. Nr postępowania: ZP- ASc-3800-2/19 (Postępowanie). Numer ogłoszenia w TED: 2019/S 002-001565 z dnia 3 stycznia 2019 r. Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – Budimex S.A. z Warszawy oraz Ferrovial Agroman S.A. z Madrytu wskazał, że odwołanie dotyczy czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

1. Przekazaniu informacji o czynnościach podjętych w Postępowaniu z pominięciem środków komunikacji określonych przepisami Pzp i zapisami SIWZ;
2. Zaniechaniu udostępnienia Odwołującemu dokumentów, w oparciu o które dokonana została ocena oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - (1) N.V. Besix SA. z/s Bruksela Belgia (lider), (2) NDI SA. z/s Sopot, (3) NDI sp. z o.o., z/s Sopot (partner), (Konsorcjum Besix);
3. Zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Besix i ocenienie jej jako najkorzystniejszej, o czym Odwołujący dowiedział się dnia 15 lipca 2019 r. z komunikatu prasowego nt. zaawansowania przedmiotowego postępowania przetargowego.

Zaskarżonym czynnościom Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego:

- 1) art. 10a ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp i art. 9 ust. 1 Pzp - przekazanie informacji o czynnościach podjętych w Postępowaniu z pominięciem określonego w przepisach ustawy i zapisach SIWZ sposobu komunikacji z wykonawcami, w tym niezagwarantowanie formy pisemnej dla prowadzonego postępowania, co istotnie ogranicza wykonawcom możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej, a nadto tworzy stan niepewności co do tego, jaka była w istocie treść czynności Zamawiającego i w jakim terminie może ona zostać przez nich zaskarżona;
- 2) art. 96 ust. 3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp - zaniechanie udostępnienia wykonawcom korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a Konsorcjum Besix po otwarciu ofert, a odnoszącej się do treści oferty złożonej przez Konsorcjum, co stanowi ograniczenie zasady jawności postępowania i utrudnia wykonawcom skorzystanie ze środków ochrony prawnej;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 104 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp - przyjęcie, że oferta złożona przez Konsorcjum Besix jest ważna, mimo iż Zamawiający nie

był w stanie zweryfikować poprawności podpisów elektronicznych złożonych pod pełnomocnictwem dla lidera Konsorcjum Besix, a skutki takiej sytuacji winny obciążać wyłącznie wykonawcę i prowadzić do wniosku, że Konsorcjum Besix nie wykazało istnienia prawidłowego umocowania osób składających ofertę w imieniu Konsorcjum Besix w dacie udzielenia pełnomocnictwa,

- 4) względnie naruszenie art. 26 ust. 3 i 3a Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp - zaniechanie wezwania Konsorcjum Besix do uzupełnienia i/lub złożenia wyjaśnień w zakresie istnienia prawidłowego umocowania pełnomocników działających w imieniu Konsorcjum;
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 Pzp, względnie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp - zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Besix, mimo że jej treść nie odpowiada treści SIWZ, względnie zawiera błąd w obliczeniu ceny, w zakresie w jakim zostało to szczegółowo omówione w niniejszym odwołaniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności z dnia 15 lipca 2019 r. polegającej na ocenie oferty Konsorcjum Besix jako najkorzystniejszej i:
 - 1) nakazanie Zamawiającemu: (i) powtórzenia czynności oceny oferty Konsorcjum Besix; (ii) przekazania wykonawcom informacji o tej czynności w sposób określony zapisami SIWZ (osobno, bądź łącznie z informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej) oraz (iii) udostępnienie wykonawcom dokumentów składających się na dokumentację postępowania będących podstawą do dokonania oceny oferty Konsorcjum Besix, w tym ewentualnych oświadczeń o poprawieniu przez Zamawiającego omyłek w ofercie Besix, wezwań i wyjaśnień złożonych w trybie art. 87 ust. 1 Pzp i/lub art. 26 ust. 3 i 3a ustawy Pzp.

Odwołujący podkreślił, że wyłącznie nakazanie unieważnienia czynności oceny oferty Konsorcjum Besix jako najkorzystniejszej i „ponowienia” czynności wykonanych w sposób błędny pozwoli w pełni zrealizować interes Odwołującego, tj. umożliwi Odwołującemu skorzystanie ze środków ochrony prawnej względem ponowionych czynności.

ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia żądań wskazanych w pkt 1:

- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności z dnia 15 lipca 2019 r. polegającej na ocenie oferty Konsorcjum Besix jako najkorzystniejszej i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny oferty Konsorcjum Besix, a w ramach tej oceny nakazanie Zamawiającemu: (a) odrzucenia oferty Konsorcjum Besix jako oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ, a osoby ją składające nie wykazały umocowania do działania w imieniu Konsorcjum, co powoduje, że oferta jest nieważna.; ewentualnie (na wypadek

niewuzględnienia żądania jw.) (b) wezwania Konsorcjum Besix do złożenia wyjaśnień i/lub uzupełnienia pełnomocnictw potwierdzających istnienie umocowania osób składających ofertę do działania w imieniu Konsorcjum Besix.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego przystąpił wykonawca: Sinohydro Corporation Limited z siedzibą w Pekinie wnosząc o uwzględnienie odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum - N.V. BESIX S.A., NDI Sp. z o.o., NDI S.A. z siedzibą w Brukseli wnosząc o oddalenie odwołania.

Odwołujący w piśmie z dnia 6 sierpnia 2019 r. [data wpływu: 6/08//2019] oświadczył, że działając na podstawie art. 187 ust. 8 ustawy - Prawo zamówień publicznych, cofa wniesione odwołanie. Wskazał na pismo Zamawiającego z dnia 29 lipca 2019 r. znak ZP.371.2.70.2019.ASc, w którym Zamawiający poinformował Odwołującego, że nie zakończył jeszcze etapu badania i oceny ofert, ostateczna decyzja o ewentualnym wykluczeniu lub odrzuceniu oferty nastąpi po weryfikacji wszystkich dokumentów złożonych przez wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, zaznaczając, że postępowanie prowadzone jest w trybie tzw. procedury odwróconej (art. 24aa Pzp). Powyższe okoliczności znajdują potwierdzenie w udostępnionym Odwołującemu dnia 2 sierpnia 2019 r. protokole postępowania (stan na dzień 1 sierpnia 2019 r.).

Izba stwierdza co następuje:

Postępowanie odwoławcze w tej sprawie z uwagi na złożone przez wnoszącego odwołanie oświadczenie o cofnięciu odwołania podlega umorzeniu na podstawie art. 187 ust.8 zdanie pierwsze ustawy Pzp. Izba ponadto, zgodnie z art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy Pzp oraz na podstawie § 5 ust. 1 pkt 3 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), orzekła o zwrocie na rzecz Odwołującego 90% kwoty wpisu uiszczanego w wysokości 20.000 zł.

Uwzględniając powyższe postanowiono, jak w sentencji.

.....

.....

.....