

Sygn. akt: KIO 1429/19

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 31 lipca 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Przemysław Dzierzędzki  
**Członkowie:** Katarzyna Brzeska  
Renata Tubisz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 31 lipca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lipca 2019 r. przez wykonawcę **AG System sp. z o.o. w Krakowie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez **Zakład Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o. w Szczecinie**

**postanawia:**

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. znieść wzajemnie koszty postępowania odwoławczego i nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty **20.000,00 zł** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy **AG System sp. z o.o. w Krakowie**, stanowiącej wpis od odwołania.

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

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Zakład Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o. w Szczecinie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 z zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „budowa kanalizacji sanitarnej na os. Wielgowo - Sławociesze w Szczecinie - Etapy VI i VII oraz budowa odcinków sieci wodociągowej na terenie os. Wielgowo w Szczecinie.”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 19 kwietnia 2019 r., nr 2019/S 178-188193.

Wobec:

- 1) czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. oferty złożonej przez wykonawcę - Wielobranżowe Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni (ul. Poli Gojawiczyńskiej 3c/7, 81-587 Gdynia), zwanego dalej „Wykonawcą”;
- 2) zaniechania czynności odrzucenia oferty Wykonawcy;
- 3) ewentualnie (wobec pkt 2 powyżej), zaniechania czynności wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu w trybie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w sytuacji, gdy całkowita cena oferty Wykonawcy była niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, a rozbieżność taka nie wynikała z okoliczności oczywistych niewymagających wyjaśnienia;
- 4) ewentualnie (wobec pkt 2 i 3 powyżej), zaniechania czynności wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w sytuacji, gdy zaoferowana przez Wykonawcę cena była rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinna budzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów;
- 5) zaniechania czynności wykluczenia Wykonawcy lub ewentualnie zaniechania wezwania Wykonawcy do wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu pod rygorem wykluczenia;

wykonawca AG System sp. z o.o. w Krakowie, zwany dalej „odwołującym”, wniósł 24 lipca 2019 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 90 ust. 1a pkt 1 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących sposobu wyliczenia ceny (rażąco niskiej)

- w sytuacji, gdy cena zaoferowana przez Wykonawcę była niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert, a rozbieżność taka nie wynikała z okoliczności oczywistych niewymagających wyjaśnienia, co jednocześnie obligowało zamawiającego do wystąpienia do Wykonawcy o udzielenie stosownych wyjaśnień, a Wykonawcę do wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp) pod rygorem odrzucenia jego oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp,
- 2) art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących sposobu wyliczenia ceny (rażąco niskiej) - w sytuacji, gdy cena zaoferowana przez Wykonawcę była rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinna budzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przez Wykonawcę przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, co jednocześnie obligowało zamawiającego do wystąpienia do Wykonawcy o udzielenie stosownych wyjaśnień, a Wykonawcę do wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp) pod rygorem odrzucenia jego oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp,
  - 3) art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 2 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy w sytuacji, gdy oferta ta zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a Wykonawca nie wykazał, aby zaoferowana cena nie była ceną rażąco niską;
  - 4) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz.U. z 2019 r. poz. 1010; „u.z.k.”) polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy w sytuacji, gdy jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu - w sposób niezgodny z prawem i zagrażający interesom pozostałych wykonawców - dostępu do rynku innym przedsiębiorcom poprzez oferowanie towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu celem wyeliminowania innych przedsiębiorców z rynku;
  - 5) art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 26 ust. 1 i 3 i art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oraz § 2 ust. 4 pkt 10 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z dnia 26 lipca 2016 r. (Dz.U z 2016 r. poz. 1126; „rozporządzenie dokumentowe”) polegające na:
    - a) zaniechaniu wykluczenia Wykonawcy z przetargu w sytuacji gdy nie wykazał on spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej — to jest w sytuacji, gdy Wykonawca, pomimo uprzedniego wezwania zamawiającego do złożenia dokumentów wskazujących spełnianie warunków udziału

w przetargu i brak podstaw wykluczenia oraz kolejnego jeszcze wezwania zamawiającego do uzupełnienia (poprawienia) dokumentu dotyczącego spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie wykazał aby spełniał warunek zdolności technicznej lub zawodowej polegający na posiadaniu przez kierownika budowy doświadczenia w zakresie kierowania robotami budowlanymi podczas budowy „sieci wodociągowej z rur PE o średnicy co najmniej 100 DN mm o długości minimum 100 m” (Rozdział V ust. 2 pkt 2 lit. b SIWZ),

- b) lub ewentualnie zaniechaniu, w powyższych okolicznościach, wezwania Wykonawcy do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia w terminie wskazanym przez zamawiającego wykazu osób kierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami;
- 6) art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 26 ust. 1 i 3 i art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oraz § 2 ust. 4 pkt 10 rozporządzenia dokumentowego polegające na zaniechaniu wykluczenia Wykonawcy lub ewentualnie zaniechania wezwania Wykonawcy do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia dokumentów lub udzielenia wyjaśnień w terminie wskazanym przez Zamawiającego, w sytuacji gdy Wykonawca ten nie określił w wykazie osób kierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego „podstaw do dysponowania tymi osobami”,
- 7) art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 26 ust. 1 i 3 i art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oraz § 2 ust. 4 pkt 1 rozporządzenia dokumentowego polegające na:
- a) zaniechaniu wykluczenia Wykonawcy z przetargu w sytuacji, gdy nie wykazał on spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej - to jest nie wykazał, aby „należycie” wykonał w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert „minimum jedną robotę budowlaną, polegającą na zapuszczeniu studni żelbetonowych metodą studniarską wraz z wykonaniem korka betonowego w gruncie nawodnionym - minimum 5 studni” (Rozdział V ust. 2 pkt 2 lit. a SIWZ) jako że w referencji złożonej przez Wykonawcę na dowód spełniania ww. warunku a wydanej przez Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o. w Gdyni nie stwierdzono, aby roboty takie wykonano należycie, a jedynie wskazano, że Wykonawca zrealizował je w sposób terminowy;
  - b) lub ewentualnie zaniechaniu, w powyższych okolicznościach, wezwania Wykonawcy do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia w terminie wskazanym przez zamawiającego dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu albo do złożenia w terminie wskazanym przez zamawiającego

wyjaśnień celem wykazania przez Wykonawcę spełniania warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej polegającego na „należyty” wykonaniu w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert minimum jednej roboty budowlanej, polegającej na zapuszczeniu studni żelbetonowych metodą studniarską wraz z wykonaniem korka betonowego w gruncie nawodnionym - minimum 5 studni (Rozdział V ust. 2 pkt 2 lit. a SIWZ) pod rygorem wykluczenia zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp,

8) art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 26 ust. 1 i 3, art. 26 ust. 4 i art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oraz § 2 ust. 4 pkt 1 rozporządzenia dokumentowego polegające na:

- a) zaniechaniu wykluczenia Wykonawcy z przetargu w sytuacji, gdy nie wykazał on spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej - to jest nie wykazał, aby „należycie” wykonał w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert „minimum jedną robotę budowlaną, polegającą na wykonaniu sieci wodociągowej o średnicy minimum DN 100 mm i długości minimum 200 m” (Rozdział V.2 pkt 2 lit. a SIWZ) jako że w referencji złożonej przez Wykonawcę na dowód spełniania ww. warunku a wydanej przez Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Szczecinie stwierdzono, że roboty w zakresie „Wymiany sieci wodociągowej na terenie 1 RBLog w Mostach” wykonało konsorcjum w składzie Wykonawcy jako członka, bez jednoczesnego wskazania czy i jakie prace w ramach ww. inwestycji realizował Wykonawca, co w konsekwencji nie pozwala na przypisanie Wykonawcy doświadczenia objętego dokumentem referencji;
- b) lub ewentualnie zaniechaniu, w powyższych okolicznościach, wezwania Wykonawcy do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia w terminie wskazanym przez Zamawiającego dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu albo do złożenia w terminie wskazanym przez Zamawiającego wyjaśnień celem wykazania przez Wykonawcę spełniania warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej polegającego na „należyty” wykonaniu w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert minimum jednej roboty budowlanej polegającej na wykonaniu sieci wodociągowej o średnicy minimum DN 100 mm i długości minimum 200 m (Rozdział V ust. 2 pkt 2 lit. a SIWZ) pod rygorem wykluczenia zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) odrzucenia oferty Wykonawcy lub ewentualnie wezwania Wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1a ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp (ewentualnie wyłącznie art. 90

- ust. 1 ustawy Pzp) do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, dotyczących wyliczenia ceny;
- 3) wykluczenia Wykonawcy lub ewentualnie wezwania Wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub do udzielania wyjaśnień w powyższym zakresie w terminie wskazanym przez Zamawiającego;
  - 4) powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz;
  - 5) powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród wszystkich ofert niepodlegających odrzuceniu złożonych przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu.

Na podstawie pisma zamawiającego z dnia 26 lipca 2019 r. oraz dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego ustalono, że zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przekazał innym wykonawcom 25 lipca 2019 r., drogą elektroniczną, za pośrednictwem platformy zakupowej.

W terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp do Prezesa Izby nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Ustalono także, że 30 lipca 2019 r., przed otwarciem rozprawy, zamawiający doręczył Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu w całości.

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

Zamawiający uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu w całości. Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca. Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp. Zgodnie z przywoływanym przepisem, *w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca.*

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje*

*postanowienie*. Orzeczenie Izby w rozpatrywanej sprawie w żadnym zakresie nie miało charakteru merytorycznego, zatem musiało przybrać postać postanowienia.

W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. 186 ust. 2 i art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp, postanowiła jak w pkt 1 sentencji.

Izba orzekła o wzajemnym zniesieniu kosztów postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp. Stosownie do tego przepisu, *koszty postępowania odwoławczego w okolicznościach, o których mowa w ust. 2 i 3a, znosi się wzajemnie*.

Izba nakazała zwrot odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania, stosownie do przepisu § 5 ust. 1 pkt 1 lit. a rozporządzenia w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972), gdyż uwzględnienie zarzutów nastąpiło przed otwarciem rozprawy. Zgodnie z powołanym przepisem, *w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę, jeżeli zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił, wypełniając wymogi określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy, żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu*.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....