Sygn. akt: KIO 3422/20

POSTANOWIENIE
z dnia 12 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Konik
Protokolant:Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 12 stycznia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 23 grudnia 2020 roku przez Sweco Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Poznań, w imieniu i na rzecz którego działa Poznańskie Inwestycje Miejskie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedziba w Poznaniu

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze**,
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Sweco Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu kwoty 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i art. 198b ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz.1843) oraz art. 580 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz. 2020 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 Warszawie.**

Przewodniczący:……

Sygn. akt: KIO 3422/20

U z a s a d n i e n i e

Poznańskie Inwestycje Miejskie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, działając w imieniu i na rzecz Miasta Poznań (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Kompleksowa przebudowa obiektów Palmiarni Poznańskiej - wykonanie koncepcji, prac projektowych, dokumentacji towarzyszącej oraz świadczenie usług zgodnie z zakresem określonym w Umowie, w tym świadczenie usług nadzoru autorskiego (prawo opcji) wraz z uzyskaniem wykonalnego pozwolenia na budowę", nr: PIM/08/20/ZP49/2020-258. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 27 sierpnia 2020 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 577065-N-2020, a także w dniu 1 września 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2020/S 169-409550.

W postępowaniu tym wykonawca Sweco Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, działający do dnia 3 stycznia 2021 r. jako Sweco Consulting spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu (dalej: „Odwołujący") w dniu 23 grudnia 2020 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec niezgodnych z ustawą Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

1. zaniechaniu wykluczenia wykonawcy BBC Best Building Consultants spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowej z siedzibą w Warszawie" (dalej: wykonawca BBC), z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pomimo zaistnienia przesłanki wykluczenia (wprowadzenie w błąd Zamawiającego),
2. zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,
3. przyznaniu nieprawidłowej liczby punktów w kryterium „doświadczenie personelu wykonawcy" dotyczącym Architekta/Głównego projektanta J. K. wskazanego przez wykonawcę BBC, co doprowadziło do wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej.

W związku z powyższym Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 16, względnie pkt 17 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy BBC pomimo tego, że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria („kryteria selekcji"), względnie w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mające istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w wyniku czego Zamawiający wybrał ofertę wykonawcy BBC jako najkorzystniejszą,
2. naruszenie art. 87 ustawy Pzp poprzez dokonanie, w wyniku wyjaśnień złożonych przez wykonawcę BBC poprawy oferty tego wykonawcy w zakresie błędu tej oferty, który nie stanowił „oczywistej" omyłki pisarskiej lub rachunkowej, co w efekcie doprowadziło do niedopuszczalnej zmiany oferty złożonej przez wykonawcę BBC,
3. a w wyniku powyższego naruszenia, naruszenie przepisów art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez przyznanie wykonawcy BBC nieprawidłowej liczby punktów podczas dokonywania oceny ofert w kryterium: „Doświadczenie personelu wykonawcy" (niezgodnie z postanowieniami ust. 18.3.1. SIWZ) zamówienia, co doprowadziło do wyboru oferty wykonawcy BBC jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności polegającej na wyborze oferty wykonawcy BBC jako najkorzystniejszej,
2. wykluczenie wykonawcy BBC z postępowania,
3. ponowne badanie i ocenę ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu,
4. ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia żądania nakazania wykluczenia wykonawcy BBC nakazanie zmiany liczby punktów przyznanych wykonawcy BBC w kryterium „Doświadczenie personelu wykonawcy",

Ponadto Odwołujący wniósł o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego według spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Jak wynika z akt postępowania, do przedmiotowego postępowania odwoławczego żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia.

Pismem z dnia 11 stycznia 2021 r. Zamawiający oświadczył, że uwzględnia odwołanie. Zamawiający wskazał, że przyjmuje za prawidłowe i podziela stanowisko Odwołującego wskazujące na niezgody z ustawą Pzp wybór oferty wykonawcy BBC, którego skutkiem są dalsze wskazane w odwołaniu niezgodne z przepisami ustawy czynności i

zaniechania Zamawiającego w prowadzone procedurze. Zamawiający oświadczył ponadto, że w konsekwencji uwzględnienia odwołania:
1. unieważni wybór oferty najkorzystniejszej z dnia 18 grudnia 2021 r.
2. ponownie przeprowadzi czynność badania i oceny ofert z uwzględnieniem szczegółowej weryfikacji wszystkich elementów dotyczących oferty i dokumentów złożonych przez BBC Best Building Consultants spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością spółkę komandytową, w szczególności z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w odwołaniu: (a) z udokumentowaną weryfikacją wykonanych projektów i ich faktycznego wdrożenia do realizacji, (b) z udokumentowaną weryfikacją kubatury obiektów w wykonanych projektach zgodnie z wymogami SIWZ, (c) z udokumentowanym potwierdzeniem udziału Personelu Wykonawcy w wykonanych projektach:
- mających wpływ na ocenę oferty w kryteriach oceny ofert i potencjalny wybór oferty najkorzystniejszej w procedurze odwróconej (w przypadku potwierdzenia wskazanych okoliczności – skutkujący ewentualnym odpowiednim obniżeniem przyznanych punktów w kryterium i możliwością zmiany rankingu ofert w procedurze odwróconej),
- dotyczących spełniania warunków udziału w postępowaniu związanych z doświadczeniem osób przewidzianych do realizacji zamówienia (w związku ze złożeniem kompletnych dokumentów – Wykazu osób do realizacji zamówienia ściśle powiązanego z wykazem punktowanego doświadczenia Personelu wykonawcy w ramach kryteriów oceny ofert)
- z uwzględnieniem możliwości wystąpienia przesłanek dotyczących obligatoryjnego wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Izba wskazuje, że stosownie do treści przepisu art. 186 ustawy Pzp 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. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu (vide: art. 186 ust. 2 ustawy Pzp). 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. (vide: art. 186 ust. 3 ustawy Pzp). W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, 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 albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów (ust. 3a).
Wobec zgłoszonych przez Odwołującego na posiedzeniu z udziałem stron wątpliwości co do tego, czy odwołanie zostało przez Zamawiającego uwzględnione w całości, Izba wskazuje co następuje. Z analizy treści uzasadnienia do oświadczenia o uwzględnieniu odwołania wynika w ocenie Izby, że Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości. Dochodząc do takiego wniosku Izba miała na uwadze konstrukcję zarzutów i wniosków odwołania, które zostały sformułowane przez Odwołującego w sposób ewentualny, ponieważ Odwołujący domagał się unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia wykonawcy BBC i ponownego badania i oceny ofert, ewentualnie wobec nieuwzględnienia żądania nakazania wykluczenia wykonawcy BBC z postępowania - zmiany liczby punktów przyznanych temu wykonawcy w kryterium „Doświadczenie personelu wykonawcy". Dodatkowo Zamawiający wprost oświadczył, że „przyjmuje za prawidłowe (…) stanowisko Odwołującego wskazujące na niezgodny z ustawą wybór oferty Wykonawcy BBC (…)". Zamawiający oświadczył, że unieważni wybór oferty wykonawcy BBC, oraz dokona ponownego badania i oceny ofert w wyniku którego obniży punktację przyznaną wykonawcy BBC w kwestionowanym kryterium albo wykluczy wykonawcę BBC z postępowania, co w ocenie Izby czyni zadość żądaniom Odwołującego wskazanym w odwołaniu.
Reasumując powyższe, Izba wskazuje, że w sytuacji umorzenia postępowania w związku z uwzględnieniem zarzutów, ustawodawca nałożył na Zamawiającego obowiązek wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.
Dodatkowo Izba wskazuje, że na nowe czynności Zamawiającego, Odwołującemubędzie przysługiwać środek zaskarżenia.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do treści art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp oraz § 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 (Dz.U. z 22 maja 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:……