

Sygn. akt: KIO 3344/20

**POSTANOWIENIE
z dnia 12 stycznia 2021 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron w dniu 12 stycznia 2021 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 grudnia 2020 r. przez wykonawcę **ASTA BUD Sp. z o.o.** z siedzibą w Pile przy ul. Podgórznej 12 (64-920 Piła) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Państwową Uczelnię Stanisława Staszica w Pile** z siedzibą przy ul. Podchorążych 10 (64-920 Piła)

postanawia

1. Umarza postępowanie odwoławcze.

2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **ASTA BUD Sp. z o.o.** z siedzibą w Pile kwoty 9 000 zł 00 gr (słownie: dziewięć tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczanego wpisu.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – *Prawo zamówień publicznych* (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) 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) 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 3344/20

Uzasadnienie

Państwowa Uczelnia Stanisława Staszica w Pile zwana dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego pn. *Zagospodarowanie przestrzeni kampusu Państwowej Uczelni Stanisława Staszica w Pile* – znak sprawy: AG-2240-26-20, zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 30 października 2020 r., pod numerem 604687-N-2020.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Wykonawca ASTA BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Pile, zwany dalej: „odwołującym” w dniu 15 grudnia 2020 r. wniósł odwołanie wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty dokonanej niezgodnie z przepisami prawa oraz zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”) w szczególności w zakresie interpretacji oraz przyjętych kryteriów oceny ofert w dokonanych przez zamawiającego w postępowaniu, a także zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień, uzupełnienia dokumentów lub złożenia oświadczeń o których mowa art. 26 ust. 3 Pzp, a w konsekwencji niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 2 pkt 5 Pzp w zw. art. 91 ust 2d Pzp oraz zapisami Rozdziału XIII pkt 1 ppkt 2) oraz pkt 2 SIWZ przez określenie kryteriów oceny ofert w sposób niejednoznaczny i niezrozumiały, uniemożliwiający wykonawcy potwierdzenie informacji przedstawianych w ofercie zgodnie z referencjami wystawionymi przez podmioty trzecie w zakresie dotyczącym oceny kryterium „Doświadczenia osoby, uczestniczącej w realizacji zamówienia, z uprawnieniami do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej na stanowisku kierownika budowy”, gdzie zamawiający wskazuje, iż punkty zostaną przyznane na podstawie: oświadczenia złożonego w pkt. 3 Wzoru oferty (załącznik nr 3 do SIWZ) i załączonych do oferty dowodów na potwierdzenie wymaganego doświadczenia wskazanej osoby, natomiast w zawiadomieniu o wyborze oferty z dnia 10 grudnia 2020 r. całkowicie pominięto oświadczenie złożone w pkt 3 Wzoru oferty i nadano walor wyłącznie dowodom zdefiniowanym w SIWZ w sposób niejednoznaczny, bowiem odwołujący się do dowodów w postaci referencji bądź innych dokumentów wystawionych przez podmiot, na rzecz, którego osoba ta pełniła funkcję kierownika budowy w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, bagatelizując przy tym fakt, iż wykonawca oświadcza w pkt. 3 Wzoru oferty, iż wskazany przez niego zatrudniony w spółce kierownik budowy w osobie pana J.L., wykonywał na rzecz Spółki przy wskazanych budowach funkcję kierownika budowy oraz załącza referencje dot. wykonywania tychże zadań inwestycyjnych przez wykonawcę, gdyż dokładnie takimi referencjami dysponuje każdy wykonawca robót budowlanych i nie ma możliwości uzyskania referencji oddzielnie dla kierownika budowy, co jednak nie znajduje swojego odzwierciedlenia w punktach przyznanych wykonawcy z tego tytułu i na tej podstawie dokonanie wyboru oferty, która nie jest najkorzystniejsza, gdyż nie przedstawia najkorzystniejszego bilansu ceny lub kosztu i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego, czyli nie jest najkorzystniejsza w rozumieniu definicji z Pzp, bowiem w przypadku zastosowania obu kryteriów przewidzianych w SIWZ to ofertę wykonawcy należałoby ocenić jako najkorzystniejszą;

2) art. 91 ust. 1 i 2 pkt. 5 Pzp w zw. z art. 7 oraz z art. 23 ust. 3 Pzp w zw. z zapisami Rozdziału XIII pkt 1 ppkt 2) oraz pkt 2 SIWZ przez dokonanie oceny oferty w sposób sprzeczny z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ w zakresie „Doświadczenia osoby, uczestniczącej w realizacji zamówienia, z uprawnieniami do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej na stanowisku kierownika budowy”, gdzie zamawiający wskazuje, iż punkty zostaną przyznane na podstawie: oświadczenia złożonego w pkt. 3 Wzoru oferty (załącznik nr 3 do SIWZ) i załączonych do oferty dowodów na potwierdzenie wymaganego doświadczenia wskazanej osoby, natomiast w zawiadomieniu o wyborze oferty z dnia 10 grudnia 2020 r. całkowicie pominięto oświadczenie złożone w pkt 3 Wzoru oferty oraz dodatkowo uznano, iż same referencje dot. zadań inwestycyjnych wykonywane przez Spółkę przy udziale zatrudnionego w Spółce kierownika budowy, nie dają podstawy do przyznania punktów w procedurze oceny kryterium ofert pod wskazanym kątem, a przez to dokonanie jako najkorzystniejszej oferty po pierwsze znacznie droższej a po drugie nie zapewniającej doświadczenia osoby uczestniczącej w realizacji zamówienia w sposób odmienny niż ten zaproponowany

przez wykonawcę;

3) art. 25 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 6 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, przez żądanie przedłożenia wraz z ofertą dokumentów, które nie są niezbędne do prowadzenia postępowania, tj. referencji wystawionych przez podmiot, na rzecz, którego osoba ta pełniła funkcję kierownika budowy, podczas gdy referencję z założenia otrzymuje podmiot wykonujący roboty a nie poszczególni pracownicy wykonujący w/w roboty, a w rzeczywistości kierownik budowy wykonuje swoją funkcję na rzecz Spółki realizującej roboty a nie na rzecz zamawiającego, a przy jednoczesnym pominięciu pomimo zapisów SIWZ oświadczeń złożonych w pkt 3 Wzoru oferty przez wykonawcę dokonanie wyboru oferty z pominięciem przyjętych przez zamawiającego w SIWZ kryteriów wyboru ofert.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności oceny złożonych ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej dokonanej w zawiadomieniu o wyborze oferty z dnia 10 grudnia 2020 r., powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej zgodnie z zasadami przyjętymi w Rozdziale XIII pkt. 1 i 2 SIWZ;

- zasądzenia na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca M. R. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Komunalno-Transportowe „Amar” M. R. z siedzibą w Lichnowach. Izba nie dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym, jako uczestnika ww. wykonawcy.

Tytułem wyjaśnienia należy wskazać, że ww. wykonawca informację o zgłoszonym przystąpieniu po stronie zamawiającego przesłał do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 grudnia 2020 r. za pomocą wiadomości z poczty elektronicznej skierowanej na adres (wiadomość e-mail z godz. 15:06). Do wiadomości zostało załączone m. in. pismo o przystąpieniu.

Zgodnie z art. 185 ust. 2 zd. 2 Pzp zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie, natomiast na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę, wnoszone w formie pisemnej w postaci elektronicznej i opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, oraz dalsze pisma w sprawie wnoszone w tej postaci przekazuje się za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej Izby, udostępnionej na stronie internetowej Urzędu.

Jak wskazano powyżej wybrany wykonawca nie zgłosił przystąpienia za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej Izby, udostępnionej na stronie internetowej Urzędu, stąd zgłoszone przystąpienie nie spełniało wymogów formalnych zawartych w cytowanych powyżej przepisach, zatem Izba uznała je za nieskuteczne

Odwolujący na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron złożył oświadczenie o wycofaniu odwołania na podstawie art. 187 ust. 8 Pzp.

Na skutek cofnięcia odwołania wypełniły się przesłanki do umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 187 ust. 8 Pzp (*Odwolujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze. Jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90% wpisu.*)

Cofnięcie odwołania jest nieograniczonym uprawnieniem odwołującego do czasu zamknięcia rozprawy. Skuteczne cofnięcie odwołania znosi wszelkie skutki prawne związane z jego wniesieniem.

Dokonanie tej czynności przez odwołującego nastąpiło przed otwarciem rozprawy, zatem Izba umorzyła postępowanie odwoławcze na podstawie wskazanego powyżej art. 187 ust. 8 Pzp i nakazała zwrot odwołującemu kwoty 9 000 zł 00 gr, stanowiącej 90% uiszczanego wpisu.

Stosownie do art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020), *do postępowań odwoławczych i postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r., oraz do właściwości sądów w sprawach skarg wniesionych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe.* Zgodnie z ww. przepisem, do niniejszego postępowania odwoławczego zastosowanie miały zatem przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.). Postępowanie odwoławcze zostało bowiem wszczęte przez wniesienie odwołania w dniu 15 grudnia 2020 r., a więc przed 1 stycznia 2021 r

Przewodniczący:.....