

Sygn. akt: KIO 2620/20

POSTANOWENIE
z dnia 10 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 10 listopada 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 października 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Eksametr sp. z o.o. w Warszawie** oraz **Mialiarium sp. z o.o. w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Jastrzębie-Zdrój z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju** przy udziale wykonawcy **Firmy Inżynierskiej Arcus sp. z o.o. sp. k. w Krakowie**, zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. **nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Eksametr sp. z o.o. w Warszawie** oraz **Mialiarium sp. z o.o. w Warszawie**, 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 2019 r. poz. 1843 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 **Gliwicach**.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 2620/20

Uzasadnienie

Miasto Jastrzębie-Zdrój z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju, zwane dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia 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 „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „pełnienie funkcji inżyniera projektu nad realizacją projektu – Podniesienie dróg najazdowych oraz wiaduktu drogowego w ciągu DW 933 nad torami JSK Sp. z o.o. – jezdnia południowa w Jastrzębiu-Zdroju”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 17 kwietnia 2020r. nr 2020/S 076-180016.

2 października 2020 r. zamawiający przesłał wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia Eksametr sp. z o.o. w Warszawie oraz Mialiarium sp. z o.o. w Warszawie, zwanym dalej „odwołującym”, zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Firmę Inżynierską Arcus sp. z o.o. sp. k. w Krakowie, zwanego dalej „przystępującym”.

Wobec:

- 1) zaniechania czynności wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu,
 - 2) zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego,
 - 3) czynności wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej
- odwołujący wnioś 12 października 2020 r. odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp oraz 91 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania przystępującego mimo że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie 7.1.3.c SIWZ i 7.2.2.II SIWZ, dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie dysponowania Inspektorem nadzoru robót drogowych, gdyż jedna z podanych przez Arcus inwestycji w celu wykazania spełnienia tego wymogu nie spełnia go,
- 2) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz 91 ust. 1 ustawy Pzp przez przyznanie przystępującemu 10 punktów w kryterium oceny ofert „Doświadczenie D2 – Doświadczenie osoby przyjmującej obowiązki inspektora nadzoru branży drogowej”, mimo że dwie z podanych przez przystępującego inwestycji na okoliczność spełnienia tego kryterium nie spełnia go, a co doprowadziło, z naruszeniem ww. przepisów, do dokonania wyboru oferty złożonej przez przystępującego jako najkorzystniejszej, mimo że oferta tego wykonawcy, stosując kryteria oceny ofert określone w SIWZ nie jest najkorzystniejsza,
- 3) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp oraz 91 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia przystępującego i dokonanie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, mimo iż wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania z uwagi na wprowadzenie zamawiającego w błąd poprzez przedstawienie mu nieprawdziwej informacji o spełnianiu kryterium oceny oferty najkorzystniejszej pn. „Doświadczenie D2 – Doświadczenie osoby przyjmującej obowiązki inspektora nadzoru branży drogowej”
- 4) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp oraz 91 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia przystępującego i dokonanie wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej, mimo iż wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania z uwagi na przedstawienie w ofercie informacji wprowadzających zamawiającego w błąd, mających istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tj. na decyzję o zaniechaniu wykluczenia przystępującego z postępowania i na decyzję o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej,
- 5) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz 91 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego i dokonanie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, mimo że została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu,
- 6) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp oraz 91 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego i dokonanie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, mimo że złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wnioś o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia dokonania tej czynności.

Na podstawie przekazanej kserokopii dokumentacji postępowania ustalono, że zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przekazał innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu w dniu 13 października 2020 r., drogą elektroniczną.

16 października 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego Firmy Inżynierskiej Arcus sp. z o.o. sp. k. w Krakowie, zwanej dalej również „przystępującym”.

Posiedzenie Izby z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego zostało wyznaczone na dzień 10 listopada 2020 r., godz. 9.30. Strony i przystępujący zostali prawidłowo zawiadomieni o terminie posiedzenia Izby z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego. W szczególności przystępujący został zawiadomiony o terminie posiedzenia drogą elektroniczną w dniu 2 listopada 2020 r. i potwierdził otrzymanie korespondencji w tym dniu (zawiadomienia o terminie posiedzenia, potwierdzenie odbioru, w aktach sprawy).

Ustalono także, że pismem z dnia 5 listopada 2020 r., zamawiający złożył oświadczenie o uwzględnieniu zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości.

Ustalono również, że na posiedzenie Izby nie stawił się przystępujący.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego wykonawcę Firmę Inżynierską Arcus sp. z o.o. sp. k. w Krakowie, uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś przystępujący wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 186 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z przywoływanym przepisem, *jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego nie wnieśli 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.*

Zamawiający złożył skuteczne oświadczenie o uwzględnieniu zarzutów w całości. W tej sytuacji, przesłanką do wyznaczenia rozprawy i rozpoznania odwołania było wniesienie przez przystępującego sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości do czasu zamknięcia posiedzenia, co nie nastąpiło.

Dostrzeżenia wymaga, że posiedzenie Izby z udziałem stron i uczestników postępowania jest tą fazą postępowania odwoławczego, która bezpośrednio poprzedza rozprawę. Na tym etapie strony prezentują swoje ostateczne stanowiska procesowe, co do podtrzymania lub cofnięcia odwołania, uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu czy wniesienia sprzeciwu wobec tej ostatniej czynności, od których to stanowisk uzależnione jest wyznaczenie rozprawy. Jest to zatem faza, w której następuje koncentracja środków ochrony prawnej, w związku z czym uczestnicy postępowania odwoławczego stawiając się na posiedzenie winni być gotowi do określenia swoich stanowisk procesowych warunkujących dalsze procedowanie w sprawie. Omawiany etap postępowania odwoławczego następuje po fazie posiedzenia niejawnego bez udziału stron, na którym dokonywane są czynności formalnoprawne i sprawdzające, warunkujące skierowanie odwołania na posiedzenie z udziałem stron. Przepis § 13 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j. Dz.U. z 2020 poz. 1296) stanowiący o wzywaniu przystępującego do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu w terminie 3 dni nie znajduje zastosowania w sytuacji, gdy zostało już wyznaczone posiedzenie z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego. Powyższe wynika z sposób jednoznaczny z przepisu § 13 ust. 2a ww. rozporządzenia.

Wobec braku oświadczenia przystępującego o wniesieniu sprzeciwu do czasu zamknięcia posiedzenia, Izba zobowiązana treścią przywołanych wcześniej przepisów postępowanie umorzyła.

W związku z powyższym Izba, na podstawie art. 186 ust. 3, art. 186 ust. 6 pkt 2 lit. b, art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp, postanowiła jak na wstępie.

Izba nakazała zwrot odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania, stosownie do przepisu § 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). Stosownie do tego przepisu, *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:.....