Sygn. akt: KIO 915/23

POSTANOWIENIE

z dnia 14 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Członkowie: Monika Szymanowska

Monika Banaszkiewicz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron oraz uczestników postępowania w dniu 14 kwietnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 31 marca 2022 r. przez wykonawcę MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie, ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów w postępowaniu prowadzonym przez

Zamawiającego: Województwo Warmińsko – Mazurskie Zarząd Dróg Wojewódzkich z siedzibą w Olsztynie, ul. Pstrowskiego 28b, 10-602 Olsztyn

wykonawcy TPF Sp. z o.o., ul. Postępu 14B, 02-627 Warszawa zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 915/23 po stronie odwołującego

wykonawcy B-ACT S.A., ul. Ignacego Paderewskiego 24, 85-075 Bydgoszcz

zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 915/23 po stronie zamawiającego

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;

2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 13 500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej 90% kwoty uiszczonego wpisu na rzecz MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie, ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

Sygn. akt KIO 915/23

UZASADNIENIE

Dnia 31 marca 2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie złożył wykonawca MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie, ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów zwana dalej „MGGP S.A.” albo „Odwołującym” wniósł odwołanie na czynność z 21 marca 2023 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał tego samego dnia (drogą elektroniczna za pomocą platformy przetargowej dostępnej pod adresem: ). Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika umocowanego na podstawie pełnomocnictwa z 30 grudnia 2022 r. udzielonego przez P. i V-ce P. Z. ujawnionych w załączonym do odwołania KRS-ie i umocowanych do łącznej reprezentacji.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na: „Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu przy kontrakcie pn.: „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 527 na odcinku Morąg – Łukta z podziałem na etapy: etap I odcinek Morąg – Bramka, etap III odcinek Florczaki – Łukta” w podziale na dwa zadania: Zadanie 1: Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 527 Morąg – Łukta na odcinku Morąg – Bramka, Zadanie 2: Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 527 Morąg – Łukta na odcinku Florczaki – Łukta.” (Znak sprawy: ZDW/NZP.IR.III/PN-1/3220/26/2022), zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23.03.2022 r. pod nr 2022/S 058-152297 przez Województwo Warmińsko – Mazurskie Zarząd Dróg Wojewódzkich z siedzibą w Olsztynie, ul. Pstrowskiego 28b, 10-602 Olsztyn zwany dalej: „Zamawiającym”. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710), zwana dalej: „NPzp” albo „PZP” albo „p.z.p”.

Zarzucił naruszenie:

1. art. 109 ust. 1 pkt 8 i/lub 10 w zw. z art. 16 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy B-Act z Postępowania, pomimo że Wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub co najmniej, w wyniku

lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia poprzez podanie informacji, że p. M. K., jako pełniący funkcję Inżyniera Kontraktu na zadaniu pn. Skomunikowanie mostu na rzece Odrze w miejscowości Brzeg Dolny z drogą krajową nr 94 i drogą wojewódzką nr 340 w zakresie - odcinek od drogi powiatowej nr 2060D w m. Zabór Wielki do włączenia do drogi powiatowej nr 2059D - jako kontynuacja budowy przepraw przez Odrę do w okresie od 24.02.2015 r. do 23.08.2018 r. brał udział w czynnościach odbiorowych, rozliczeniu końcowym oraz wystawieniu finansowego rozliczenia końcowego, świadczącego o zakończeniu realizacji zamówienia dla tej inwestycji, w sytuacji gdy Końcowe Świadectwo Płatności zostało wystawione w dniu 23.11.2018 r. , co oznacza, że p. K. nie sprawował swojej funkcji do czasu zakończenia realizacji przedmiotowego zadania,

2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 16 i 17 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty B-Act pomimo, że wobec wykonawcy zachodzą przesłanki wykluczenia z postępowania, a decyzja Zamawiającego wyborze oferty B-Act została podjęta z naruszeniem przepisów ustawy Pzp,

3. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) w zw. z art. 16 i 17 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy B-Act, pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, tj. nie wykazał, że dysponuje osobą, która będzie pełniła funkcję Inżyniera Rezydenta, posiadającą doświadczenie zawodowe polegające na pełnieniu funkcji Inżyniera Kontraktu lub Inżyniera Rezydenta lub Dyrektora Kontraktu przy realizacji w okresie ostatnich 10 lat liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, co najmniej jednego zadania obejmującego budowę/ rozbudowę/ przebudowę drogi i/lub ulic klasy nie niższej niż G o całkowitej wartości nadzorowanych robót nie mniejszej niż 45 000 000,00 PLN brutto, wraz z udziałem w czynnościach odbiorowych, rozliczeniu końcowym oraz wystawieniu finansowego rozliczenia końcowego na tej samej inwestycji, świadczącego o zakończeniu realizacji zamówienia,

4. art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez podjęcie decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

ewentualnie, w przypadku uznania, że powyższe zarzuty są niezasadne:

5. art. 239 w zw. z art. 17 ust. 2 w zw. z art. 16 PZP poprzez nieprawidłową ocenę przedstawionego doświadczenia p. M. K., a w efekcie przyznanie ofercie złożonej przez wykonawcę B-Act punktacji w kryterium Jakość (doświadczenie zawodowe Inżyniera Rezydenta), w sytuacji gdy złożona przez wykonawcę B-Act oferta nie zawiera żadnych danych, oświadczeń czy informacji potwierdzających, że doświadczenie osoby mającej pełnić funkcję Inżyniera Rezydenta tj. p. M> K. obejmowało jego udział w czynnościach odbiorowych, rozliczeniu końcowym oraz wystawieniu finansowego rozliczenia końcowego wymienionych

inwestycji i w związku z powyższym Zamawiający nie miał podstaw do uznania, że doświadczenie p. K. odpowiada doświadczeniu, którego posiadanie było warunkiem przyznania punktacji w tym kryterium

W związku z powyższym, wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności z dnia 21 marca 2023 r. polegającej na wyborze oferty B-Act jako oferty najkorzystniejszej,

2. dokonania ponownej oceny i badania ofert,

3. dokonania wykluczenia B-Act z postępowania,

4. odrzucenia oferty tego Wykonawcy,

ewentualnie w przypadku nieuznania zarzutu nr 1 - 4:

5. dokonania ponownej oceny i badania ofert z uwzględnieniem, że B-Act nie przedstawił w ofercie informacji potwierdzających spełnienie warunku określonego w kryterium Jakość (doświadczenie zawodowe Inżyniera Rezydenta) i w związku z tym nie ma podstaw do przyznania wykonawcy punktacji w ramach tego kryterium.

Ponadto wnosił o przeprowadzenia dowodów z dokumentów powołanych w treści niniejszego odwołania i dokumentów przedstawionych na rozprawie na okoliczności wskazane w treści odwołania.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego 10-dniowego terminu, w zakresie czynności z dnia 21 marca 2023 r. tj, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej firmy – B-ACT Sp. z o.o. (obecnie B-ACT S.A.), ul. Ignacego Paderewskiego 24, 85-075 Bydgoszcz zwanej dalej: „B-ACT S.A." albo „Przystępującym po stronie Zamawiającego". Drugą pozycje w rankingu zajęła oferta MGGP S.A.

Odwołujący uiścił wpis od odwołania w wymaganej wysokości oraz przekazał kopię odwołania wraz z załącznikami Zamawiającemu.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, wyznaczony do rozpoznania niniejszej sprawy odwoławczej ustalił i zważył, co następuje:

Zamawiający w dniu 03 kwietnia 2023 r. wezwał (drogą elektroniczna za pomocą platformy przetargowej dostępnej pod adresem: ) wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 04 kwietnia 2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) B-ACT

S.A. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Zgłoszone przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zostało podpisane przez adwokata umocowanego na podstawie pełnomocnictwa z 23 lutego 2023 r. udzielonego przez P. Z. ujawnionego w załączonym do zgłoszenia KRS-ie i umocowanego do samodzielnej reprezentacji. W konsekwencji Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: B-ACT S.A.

W dniu 06 kwietnia 2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) TPF Sp. z o.o. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Zgłoszone przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zostało podpisane przez pełnomocnika umocowanego na podstawie pełnomocnictwa z 31 sierpnia 2021 r. udzielonego przez Cz. Z. ujawnionego w załączonym do zgłoszenia KRS-ie i umocowanego do samodzielnej reprezentacji. W konsekwencji Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego: TPF Sp. z o.o.

W dniu 12 kwietnia 2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Zamawiający odnośnie odwołania o sygn. akt: KIO 915/23 wniósł odpowiedź na odwołanie w ramach którego wnosił o oddalenie odwołania w całości. Odpowiedź na odwołanie została podpisana przez radcę prawnego umocowanego na podstawie pełnomocnictwa z 21 lutego 2023 r. przesłanego do KIO 06 kwietnia 2023 r. oddzielnym pismem udzielonego przez Dyrektora Zarządu Dróg Wojewódzkich w Olsztynie działającego na podstawie uchwały Nr 20/310/13/IV Zarządu Województwa Warmińsko-Mazurskiego z 22.04.2013 r. oraz uchwały NR I/6/10 Sejmiku Województwa Warmińsko – Mazurskiego z 30.11.2010 r.

Odwołujący, w dniu 13 kwietnia 2023 r. (e-mailem) złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania. Oświadczenie o cofnięciu odwołania zostało podpisane przez radcę prawnego umocowanego na podstawie pełnomocnictwa z 03 marca 2023 r. udzielonego przez P. i V-ce P. Z. ujawnionych w załączonym do wycofania KRS-ie i umocowanych do łącznej reprezentacji.

W dniu 14 kwietnia 2023 r. na mocy zarządzenia z 6 kwietnia 2023 r. odbyło się posiedzenie z udziałem stron oraz uczestnika postępowania.

Odwołujący się nie stawił, prawidłowo powiadomiony o terminie posiedzenia. Zamawiający oraz uczestnicy nie składali dalszych oświadczeń w sprawie.

Skład orzekający Izby, działając na podstawie art. 520, art. 568 pkt 1 oraz art. 553 ust. 1 zdanie drugie NPzp postanowił umorzyć postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie o sygn. akt: KIO 915/23, ponieważ oświadczenie o cofnięciu odwołania uznać należy za oświadczenie najdalej idące złożone przez Stronę, która zainicjowała postępowanie odwoławcze. Złożenie takiego oświadczenia warunkuje zakończenie postępowania odwoławczego bez konieczności rozpoznawania zarzutów i merytorycznego stanowiska Izby. Odwołujący podejmuje bowiem decyzję o ostatecznym zaniechaniu kontynuowania sporu przed Izbą.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż cofnięcie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia i rozprawy, zatem za rzecz Odwołującego należało zwrócić 90% kwoty wpisu uiszczonego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, czyli kwotę 13 500,00 zł, stosownie do art. 557 i art. 575 NPzp oraz § 9 ust. 1 pkt 3a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437).

Przewodniczący:

Członkowie: