Sygn. akt KIO 1821/16

POSTANOWIENIE
z dnia 11 października 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron w dniu 11 października 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 29 września 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Budowlane ABM sp. z o.o. we Wrocławiu, Poznańskie Przedsiębiorstwo Robót i Usług Specjalistycznych „REMKAN" Sp. z o.o. w Poznaniu, Cleanpipe Polska Sp. z o.o. w Wyrach, Preuss Pipe Rehabilitation Polska Sp. z o.o. w Łaziskach Górnych w postępowaniu prowadzonym przez Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. w Warszawie
przy udziale RTI Poland Sp. z o.o. w Zabrzu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje Urzędowi Zamówień Publicznych dokonanie zwrotu kwoty 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) poniesionej z tytułu wpisu od odwołania na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Budowlane ABM sp. z o.o. we Wrocławiu, Poznańskie Przedsiębiorstwo Robót i Usług Specjalistycznych „REMKAN" Sp. z o.o. w Poznaniu, Cleanpipe Polska Sp. z o.o. w Wyrach, Preuss Pipe Rehabilitation Polska Sp. z o.o. w Łaziskach Górnych.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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 1821/16

Uzasadnienie

Zamawiający – Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm., dalej jako „ustawa" lub „Pzp"), postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest Renowację magistral wodociągowych metodą bezwykopową na terenie m. st. Warszawy z podziałem na 7 zadań.

W związku z przesłaniem informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez RTI Sp. z o.o. 29 września 2016 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Budowlane ABM sp. z o.o. we Wrocławiu, Poznańskie Przedsiębiorstwo Robót i Usług Specjalistycznych „REMKAN" Sp. z o.o. w Poznaniu, Cleanpipe Polska Sp. z o.o. w Wyrach, Preuss Pipe Rehabilitation Polska Sp. z o.o. w Łaziskach Górnych stycznia 2014 r. przez D. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U. „DAWPOL" D. S. w Świebodzicach wnieśli odwołanie. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania wskazany w art. 180 ust. 5 Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy RTI Poland Sp. z o.o. w Zabrzu z powodu niespełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 5.1.2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia;
2. art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy RTI

Poland Sp. z o.o. w Zabrzu z powodu złożenia w formularzu stanowiącym załącznik nr 5 do oferty pn. „Wykaz robót budowlanych” nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania;

3. art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy RTI Poland Sp. z o.o. w Zabrzu podlegającemu wykluczeniu z postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie Zadania nr 5, złożonej przez wykonawcę RTI Poland Sp. z o.o. w Zabrzu;

2. wykluczenie wykonawcy RTI Poland Sp. z o.o. w Zabrzu z udziału w postępowaniu;

3. dokonania czynności odrzucenia oferty wykonawcy RTI Poland Sp. z o.o. w Zabrzu;

4. powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie Zadania nr 5;

5. dopuszczenie dowodów przywołanych w treści uzasadnienia do odwołania.

W uzasadnieniu zarzutów odwołujący wywodził, że zobowiązanie J. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą złożone przez RTI Poland Sp. z o. o. w wyniku wezwania do

uzupełnienia nie jest opatrzone datą, w związku z czym nie może być dokumentem potwierdzającym spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień, w którym upływał termin składania ofert. Zarzucił, że podmiot ten podał usługi zrealizowane nie na rzecz inwestora, ale na rzecz współkonsorcjanta. Ponadto złożone referencje nie pozwalają na potwierdzenie wykonania prac oczekiwanych przez zamawiającego, zaś z treści zobowiązania nie wynika możliwość wykorzystania udostępnionych zasobów w toku wykonywania zamówienia z poszanowaniem postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dotyczących podwykonawców.

Wykonawca RTI Poland Sp. z o. o. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego z zachowaniem przesłanek wymaganych przez art. 185 ust. 2 i 3 Pzp. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający przed otwarciem posiedzenia pismem z 7 października 2016 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w całości zarzuty odwołania.

Przystępujący prawidłowo powiadomiony o terminie posiedzenia nie stawił się na nie.

Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 186 ust. 3 *in initio* Pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba umarza postępowanie odwoławcze, pod warunkiem, że wykonawca, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie wniesie sprzeciwu wobec uwzględnienia zarzutów odwołania przez zamawiającego w całości.

Izba uznała, że jego niestawiennictwo przystępującego na posiedzeniu należy uznać za równoznaczne z brakiem zgłoszenia sprzeciwu. Zgodnie z § 21 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2010 r. poz. 964 ze zm.) niestawiennictwo strony oraz uczestnika postępowania odwoławczego prawidłowo zawiadomionego o terminie rozprawy nie wstrzymuje rozpoznania odwołania, natomiast § 3 tego rozporządzenia stanowi, że przepisy dotyczące rozprawy stosuje się odpowiednio do posiedzeń, w których dopuszcza się udział stron, świadków lub biegłych. W związku z tym należało uznać, że wyznaczone posiedzenie z udziałem stron stanowi fazę postępowania odwoławczego, w której następuje koncentracja czynności, wniosków i oświadczeń stron oraz uczestników postępowania zmierzająca do zakończenia postępowania toczącego się na skutek wniesienia odwołania. Następuje ona już po fazie posiedzenia niejawnego bez udziału stron, na którym dokonywane są czynności formalnoprawne i sprawdzające, warunkujące skierowanie odwołania na posiedzenie z udziałem stron, o czym mowa w § 13 ust. 1 i 2

przywołanego rozporządzenia. Wobec tego po skierowaniu odwołania na posiedzenie z udziałem stron lub na rozprawę, co do zasady, będzie ono rozpatrzone na tak wyznaczonym posiedzeniu lub rozprawie, na którym rozpatrzone zostaną również ewentualne zgłoszone wnioski i oświadczenia stron, takie jak oświadczenie, co do uwzględnienia odwołania przez zamawiającego

czy ewentualny sprzeciw, co do uwzględnienia odwołania.

Skoro uwzględnienie odwołania przez zamawiającego może nastąpić najpóźniej do ostatecznego rozstrzygnięcia wniesionego odwołania, to prawidłowo powiadomiony przystępujący po stronie zamawiającego najpóźniej posiedzeniu z udziałem stron może i powinien zgłosić ewentualny sprzeciw, co do uwzględnienia odwołania. Niestawiennictwo przystępującego należy uznać, zatem za rezygnację z uprawnień do reprezentowania swoich interesów, tożsame z niezłożeniem sprzeciwu, co do uwzględnienia odwołania.

Przewidziany w § 13 ust. 2 pkt 3 tego rozporządzenia 3 dniowy termin na wyrażenie przez przystępującego po stronie zamawiającego sprzeciwu, co do uwzględnienia w całości zarzutów odwołania znajduje zastosowanie jedynie na etapie postępowania odwoławczego przed wyznaczeniem posiedzenia z udziałem stron i uczestników.

Prezentowany pogląd kształtuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Został wyrażony m.in. w postanowieniach wydanych: 9 czerwca 2010 r. (sygn. akt KIO 991/10), 11 sierpnia 2010 r. (sygn. akt 1575/10), 27 czerwca 2012 r. (sygn. akt KIO 1264/12), 4 września 2014 r. (sygn. akt KIO 1710/14), 26 sierpnia 2016 r. (sygn. akt: KIO 1515/16, KIO 1519/16), 12 września 2016 r. (sygn. akt KIO 1806/16).

Mając na względzie okoliczności faktyczne i zaprezentowany pogląd prawny Izba uznała, że oświadczenie zamawiającego o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołania wyczerpuje dyspozycję art. 186 ust. 3 *in initio* Pzp i obliguje Izbę do umorzenia postępowania odwoławczego.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 186 ust. 3 Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 192 ust. 1 zd. 2 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 1 *in initio* 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. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:……