

Sygn. akt: KIO 2266/16

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 7 grudnia 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Marek Szafraniec**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 7 grudnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 grudnia 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Budownictwa Hydrotechnicznego „Odra 3” sp. z o.o. w Szczecinie (70-034), ul. Nadodrzańska 1 oraz Zakład Robót Hydrotechnicznych i Podwodnych UW Service sp. z o.o. w Szczecinie (71-431), ul. Ogińskiego 14a/1** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Warszawie (03-194), ul. Zarzecze 13a**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego w Warszawie S.A. w Warszawie (03-199), ul. Modlińska 17 oraz J. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą EFB Partner J. K. w Serocku (05-140), ul. Polna 63** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**postanawia:**

1. **odrzuca odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Budownictwa Hydrotechnicznego „Odra 3” sp. z o.o. w Szczecinie oraz Zakład Robót Hydrotechnicznych i Podwodnych UW Service sp. z o.o. w Szczecinie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się

o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Budownictwa Hydrotechnicznego „Odra 3” sp. z o.o. w Szczecinie oraz Zakład Robót Hydrotechnicznych i Podwodnych UW Service sp. z o.o. w Szczecinie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 **Warszawa-Praga w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu ograniczonego na realizację zadania: „Obsługa operatorska 6 szt. Iodołamaczy na Zbiorniku Wodnym Włocławek w sezonie 2016-2017” zostało wszczęte przez Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Warszawie, zwany dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia, zgodnie z informacją zawartą w doręczonym Prezesowi Izby piśmie z dnia 5 grudnia 2016 r., przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2016/S 208-377552) w dniu 27 października 2016 r.

W dniu 1 grudnia 2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budownictwa Hydrotechnicznego „Odra 3” sp. z o.o. w Szczecinie (lider) oraz Zakład Robót Hydrotechnicznych i Podwodnych UW Service sp. z o.o. w Szczecinie, zwanych dalej łącznie konsorcjum Odra 3.

Konsorcjum Odra 3 zarzucało Zamawiającemu naruszenie:

1. „art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i naruszający zasadę przejrzystości;
2. art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp poprzez zastosowanie procedury wezwania do uzupełnienia i złożenia wyjaśnień w sposób uniemożliwiający Odwołującemu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
3. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z uwagi na nie wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu.”

Mając na uwadze tak sformułowane zarzuty konsorcjum Odra 3 wносиło o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności Zamawiającego od otwarcia ofert oraz dokonanie „ponownej oceny ofert i zastosowanie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp”.

Jak ustaliła Izba złożone wraz odwołaniem pełnomocnictwo dla lidera konsorcjum znalazło się również w ofercie z dnia 18 listopada złożonej Zamawiającemu, a przedstawionej Prezesowi Izby w ramach dokumentów postępowania w sprawie KIO 2182/16. Tym samym nie może być wątpliwości, że zostało ono wystawione przed dniem podpisania pełnomocnictwa dla osoby, która złożyła odwołanie w imieniu konsorcjum Odra 3.

W dniu 2 grudnia 2016 r. Prezesowi Izby zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego doręczyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego w Warszawie S.A. w Warszawie oraz J. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą EFB Partner J. K. w Serocku, zwani dalej łącznie konsorcjum PBW.

Jak ustaliła Izba na podstawie dokumentów zebranych w rozpoznawanej sprawie, a także dokumentów zebranych w znanej Izbie z urzędu sprawie KIO 2182/16, tak konsorcjum Odra 3, jak i Przystępujący, ubiegali się o udzielenie zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Z zebranych w sprawie dokumentów wynika następujący stan faktyczny.

Pismem z dnia 7 listopada Zamawiający wezwał konsorcjum Odra 3 do uzupełnienia wykazu osób skierowanych przez to konsorcjum do realizacji zamówienia, oświadczenia lidera konsorcjum do co spełniania warunku „w zakresie polegania na zasobach innych podmiotów” oraz oświadczeń podmiotów trzecich o oddaniu do dyspozycji konsorcjum niezbędnych zasobów.

Wraz z pismem z dnia 8 listopada 2016 r. konsorcjum Odra 3 przedstawiło Zamawiającemu uzupełniony wykaz i oświadczenia.

W dniu 18 listopada 2016 r. konsorcjum PBW wniosło odwołanie do Prezesa Izby (sprawa KIO 2182/16), w którym zarzucało Zamawiającemu naruszenie:

- „art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp poprzez brak wykluczenia Konsorcjum Odra mimo niewykazania przez tego wykonawcę spełnienia warunków udziału w Postępowaniu,
- art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz 17 Pzp poprzez brak wykluczenia Konsorcjum Odra mimo wprowadzenia Zamawiającego przez tego wykonawcę w błąd odnośnie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu oraz mimo przedstawienia przez tego wykonawcę informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd, a które miały istotny wpływ na podjęcie przez Zamawiającego decyzji w kwestii zakwalifikowania Konsorcjum Odra do dalszego etapu Postępowania,

- *art. 22a ust. 2 Pzp poprzez uznanie przez Zamawiającego, że Konsorcjum Odra udowodniło, iż realizując zamówienie będzie dysponowało zasobami niezbędnymi do wykonania zamówienia,*
- *względnie, z ostrożności art. 26 ust. 3 i 4 Pzp poprzez brak wezwania Konsorcjum Odra do stosownego uzupełnienia dokumentów lub stosownego wyjaśnienia.”*

Mając na uwadze tak sformułowane zarzuty konsorcjum PBW wносиło o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- *„unieważnienie czynności kwalifikacji i zaproszenia wykonawcy Konsorcjum Odra do następnego etapu Postępowania,*
- *wykluczenie Konsorcjum Odra z Postępowania,*
- *względnie wezwanie Konsorcjum Odra do stosownych wyjaśnień oraz uzupełnienia dokumentów.”*

Zgodnie oświadczeniem Zamawiającego zawartym w piśmie z dnia 22 listopada 2016 r. kopię odwołania wraz z wezwaniem do przystąpienia odwoławczego w sprawie KIO 2182/16 przekazał on konsorcjum Odra 3 drogą elektroniczną w dniu 21 listopada 2016 r.

Jak wynika z uzasadnienia postanowienia Izby o umorzeniu postępowania odwoławczego w sprawie KIO 2182/16, wydanego w związku ze złożeniem na posiedzeniu Izby przez Zamawiającego oświadczenia o uwzględnieniu odwołania w całości, w terminie wskazanym w przepisie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca.

Istotnym jest również to, że w dniu 21 listopada 2016 r. Zamawiający poinformował konsorcjum Odra 3 o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp.

W ocenie Izby, w tak ustalonym stanie faktycznym, uzasadnionym było uznanie, że rozpoznawane odwołanie wniesione przez konsorcjum Odra 3 podlegało odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2) i 5) ustawy Pzp.

Jak ustaliła Izba wnoszące odwołanie w sprawie KIO 2182/16 konsorcjum PBW, jako na jedną z okoliczności faktycznych mających przemawiać za słusnością postawionego przez niego zarzutu zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, wskazało na brak odpowiedniego doświadczenia A. P. (w rzeczywistości A. P. – prawidłowe brzmienie nazwiska konsorcjum Odra 3 wskazało w piśmie z dnia 21 listopada 2016 r., wcześniej, jak wynika

z akt, również Zamawiający odczytywał to nazwisko jako P., np. pismo z dnia 17 listopada 2016 r.), jako sternika.

Jak to zostało już ustalone, konsorcjum Odra 3, pomimo, że było wezwane w sprawie KIO 2182/16 zgodnie z przepisem art. 185 ust. 1 ustawy Pzp do przystąpienia do postępowania odwoławczego, nie wzięło w nim udziału. Tym samym zgodnie z przepisem art. 185 ust. 6 ustawy Pzp nie mogło ono następnie korzystać ze środków ochrony prawnej wobec czynności Zamawiającego wykonanych na podstawie art. 186 ust. 2 i 3. W ocenie Izby, w rozpoznawanym przypadku, przepis ten winien znaleźć swe zastosowanie. Oczywistym bowiem jest to, że w sprawie KIO 2182/16 konsorcjum PBW powoływało się na te same okoliczności faktyczne, których zaistnienie wskazał Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia konsorcjum Odra 3 z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zaniechanie tej właśnie czynności konsorcjum PBW Zamawiającemu zarzucało, odwołując się przy tym m.in. do przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp, jako podstawy prawnej jej dokonania. Zamawiający, zgodnie z żądaniem zawartym w tym odwołaniu, konsorcjum Odra 3 z postępowania wykluczył na podstawie przepisu ustawy Pzp przez konsorcjum PBW przywołanego.

Mając to na uwadze, Izba uznała, że odwołanie wniesione przez konsorcjum Odra 3 w dniu 1 grudnia 2016 r. należało uznać, z uwagi przepis art. 185 ust. 6 ustawy Pzp, za odwołanie wniesione przez podmiot nieuprawniony (art. 189 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp), a nadto za odwołanie, które dotyczy czynności wykonanej przez Zamawiającego zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu (art. 189 ust. 2 pkt 5) ustawy Pzp).

Kierując się tak poczynionymi ustaleniami, Izba uznała, iż rozpoznawane odwołanie podlega odrzuceniu.

Uwzględniając powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy 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:** .....