

Sygn. akt KIO 1243/16

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 19 lipca 2016 roku**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Katarzyna Prowadzisz**

Członkowie: **Beata Pakulska-Banach**  
**Ewa Sikorska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału Stron, w Warszawie, w dniu 19 lipca 2016 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 lipca 2016 roku przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych EKO-INWEST S.A. z siedzibą w Szczecinie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Gminę Miasto Szczecin

**postanawia:**

1. Umarza postępowanie odwoławcze.
2. Nakazuje Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych EKO-INWEST S.A. z siedzibą w Szczecinie kwoty **13 500 zł 00 gr** (słownie: trzystaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Szczecinie.

Przewodniczący:

Członkowie:

## UZASADNIENIE

Zamawiający, Gmina Miasto Szczecin prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą *Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu przy realizacji zadania inwestycyjnego pn.: Przebudowa ulic: Niemierzyńskiej, Arkońskiej, Spacerowej do al Wojska Polskiego - etap III - Przebudowa ul Arkońskiej (od pętli tramwajowej „Las Arkoński” do al Wojska Polskiego).*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2016/S 123-221108 z dnia 29 czerwca 2016 roku.

Specyfikacja Istotnych Warunków zamówienia została opublikowana na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 29 czerwca 2016 r.

W postępowaniu tym, Odwołujący – Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych EKO-INWEST S.A. z siedzibą w Szczecinie w dniu 8 lipca 2016 roku złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: siwz) oraz od treści ogłoszenia o zamówieniu w postępowaniu w zakresie rozdziału V pkt 3.2.b siwz (pkt III.2.3 ppkt 2) b) ogłoszenia o zamówieniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 22 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku poz. 2164, dalej: „pzp” lub „ustawa”) przez skorzystanie z w/w przepisu w oderwaniu od warunków udziału w postępowaniu i określenie na jego podstawie dodatkowych zasad weryfikacji predyspozycji wykonawców w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia i w stosunku do niego nieproporcjonalny przez wskazanie, iż wykonawca, którego w związku z wykonywaniem poprzednich zamówień zobowiązano do zapłaty kar umownych lub innej formy odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania wszystkich umów zrealizowanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, związane z pełnieniem funkcji Inżyniera Kontraktu lub innej równoważnej przy realizacji robót budowlanych o wartości usługi brutto równej lub większej niż 500.000,00 zł, w łącznej wysokości co najmniej 500 zł lub który nie wykonał usług nienależycie zostanie wykluczony z postępowania, jego błędne zastosowanie polegające na obejściu przepisu art. 24 ust. 2a ustawy oraz bezpodstawne utożsamienie przewidzianej tym przepisem możliwości badania należytości wykonania zamówień z możliwością wykluczenia każdego wykonawcy, który z dowolnych przyczyn (także bez nienależytego wykonywania świadczenia) zapłacił karę umowną. Naruszenie art. 24 ust. 2a ustawy, przez próbę jego ominięcia wskutek wskazania w Ogłoszeniu i siwz, że wykonawca, którego zobowiązano do zapłaty

jakichkolwiek i kar umownych (niezależnie od podstaw i ich związku lub braku z nienależytością świadczenia) lub innej formy odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w łącznej wysokości co najmniej 500 zł lub który nie wykonał albo wykonał usługę nienależycie zostanie wykluczony z postępowania, podczas gdy przepis art. 24 ust. 2a pozwala Zamawiającemu wykluczyć z postępowania wykonawcę, który jedynie poważnie naruszają obowiązki zawodowe, Zaniechanie badania faktu winy i ważenia czy naruszenie jest poważne nie może być podstawą wykluczania wykonawców niezależnie od przyjętej podstawy prawnej gdyż zarówno prawo krajowe, jak i dyrektywy UE oraz orzecznictwo TSUE dopuszcza fakt wykluczenia tylko w okolicznościach które odwzorowuje w prawie polskim art 24 ust 2a).

Naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy w zw. z § 1 ust. 4 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (zwane dalej Rozporządzeniem) przez nie żądanie wykazu usług na podstawie, których zobowiązano wykonawcę do zapłaty kar umownych lub innej formy odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w łącznej wysokości co najmniej 500 zł podczas gdy przepis § 1 ust. 4 Rozporządzenia zezwala jedynie na żądanie *przypadku, o którym mowa w ust 1 pkt 2 i 3, zamawiający może, w sposób obiektywny i niedyskryminacyjny, określić roboty budowlane, dostawy lub usługi, których dotyczy obowiązek wskazania przez wykonawcę w wykazie lub złożenia poświadczeń, lub żądać wskazania w wykazie informacji o robotach budowlanych, dostawach lub usługach niewykonanych lub wykonanych nienależycie, w celu zweryfikowania rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia wykonawcy oraz w konsekwencji powyższych naruszeń również naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy, polegającego na prowadzeniu postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i uniemożliwiający złożenia ofert wykonawcom, którzy wykonują tego rodzaju zamówienia; a także naruszenie innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu odwołania.*

Odwołujący wnosi o uwzględnienie w całości odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu doprowadzenia postanowień siwz i Ogłoszenia o zamówieniu do zgodności z przepisami prawa, w tym: wykreślenie w sekcji III.2.3) pkt. 3.2) lit. b) Ogłoszenia o zamówieniu oraz Rozdziale V ust. 3 pkt. 2 lit. b siwz dotyczącego opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunku w celu zweryfikowania rzetelności wykonawców oraz obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego, w tym zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Kopię odwołania wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego Zamawiający zamieścił na stronie internetowej w dniu 8 lipca 2016 roku. Do Izby nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego.

W dniu 15 lipca 2016 roku (fax; wpływ oryginału 18 lipca 2016) Zamawiający przesłał do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismo *Odpowiedź na odwołanie*, informujące, że Zamawiający częściowo uwzględnił zarzuty odwołania, dokonuje niezbędnych modyfikacji oraz wnosił o oddalenie odwołania w pozostałej części.

15 lipca 2016 roku (prezentata na piśmie, fax; oryginał wpłynął 19 lipca 2016 roku), Odwołujący złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismo zatytułowane *Cofnięcie odwołania*. Odwołujący oświadczył, że w związku z dokonaną w dniu 13 lipca 2016 roku przez Zamawiającego zmianą postanowień siwz oraz Ogłoszenia o zamówieniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą *Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu przy realizacji zadania inwestycyjnego pn.: Przebudowa ulic: Niemierzyńskiej, Arkońskiej, Spacerowej do al. Wojska Polskiego - etap III - Przebudowa ul. Arkońskiej (od pętli tramwajowej „Las Arkoński” do al. Wojska Polskiego)* na podstawie art. 187 ust. 8 ustawy cofa odwołanie wniesione w dniu 8 lipca 2016 roku.

W związku z cofnięciem odwołania, Izba na posiedzeniu dokonała czynności formalnoprawnych i sprawdzających, w wyniku których stwierdziła, że przedmiotowe postępowanie podlega umorzeniu w oparciu o art. 187 ust. 8 ustawy oraz zgodnie z tym przepisem Odwołującemu zwraca się 90% wpisu. Zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 3 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238) w przypadku cofnięcia odwołania przed otwarciem rozprawy Izba orzeka o dokonaniu zwrotu Odwołującemu z rachunku urzędu 90% kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący:

Członkowie: