

Sygn. akt KIO 2010/12

POSTANOWIENIE
z dnia 3 października 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Magdalena
Grabarczyk

Emil Kawa
Marek Koleśnikow

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 3 października 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 września 2012 r. przez SEEN Technologie Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Olkuszu

przy udziale HUSAR Budownictwo Inżynieryjne Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we Włocławku zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz SEEN Technologie Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie kwoty 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, 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 Krakowie.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Olkuszu - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm., dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest Kontrakt W7 Przebudowa Oczyszczalni Ścieków w Olkuszu dla projektu pn. „Porządkowanie gospodarki ściekowej w zlewni Białej Przemszy na terenach gmin: Olkusz, Bukowno, Bolesław, Klucze — etap I”.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2012/S 174-287283 z dnia 11 września 2012 r.

21 września 2012 r. wykonawca SEEN Technologie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie wniósł odwołanie wobec specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej jako „specyfikacja”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 29 ust. 1, 2 i 3 Pzp, art. 91 ust. 2 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp przez użycie w opisie przedmiotu zamówienia (w dokumentacji projektowej oraz przedmiarach robót) nazw własnych materiałów oraz urządzeń, z jednoczesnym dopuszczeniem stosowania materiałów oraz urządzeń równoważnych, jednakże bez wykazania, że zaistniały przesłania do stosowania przez zamawiającego takich nazw własnych oraz bez ustanowienia kryteriów pozwalających uznać równoważność rozwiązań odmiennych od przyjętych w „specyfikacji”;
- art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 22 ust. 4 Pzp przez wymaganie od wykonawców doświadczenia w wykonaniu co najmniej jednej solarnej suszarni osadów ściekowych o powierzchni czynnej co najmniej $F=5\ 000\ m^2$;
- art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez wymaganie od wykonawców doświadczenia w wykonaniu co najmniej jednej solarnej suszarni osadów ściekowych w klimacie środkowoeuropejskim;
- art. 22 ust. 4 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez wymaganie od wykonawców wykazania doświadczenia w budowie lub przebudowie co najmniej jednej oczyszczalni ścieków komunalnych realizowanej w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC lub równoważne oraz wykazania dysponowania kierownikiem budowy posiadającym doświadczenie w budowie lub przebudowie

oczyszczalni ścieków realizowanej w oparciu o warunki FIDIC lub równoważne;

- art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 29 ust. 2 Pzp przez wymaganie od wykonawców montażu dwóch urządzeń, z których każde może być dostarczone wyłącznie przez jednego producenta;

- art. 7, art. 14, art. 38 ust. 1 oraz 2; art. 29 ust 1 i 2; art. 36 ust 1 pkt 16); 144 ust. 1 i 139 ust. 1 Pzp w związku z art. 38, art. 353 i 353' oraz 647 § 1 i nast. KC przez naruszające prawo postanowienia Aktu Umowy.

Wniósł o uwzględnienie odwołania i o zmianę specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz wzoru umowy w sposób szczegółowo wskazany w uzasadnieniu, względnie o nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, gdyż postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w postaci braku dokonania przez Zamawiającego prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia, przez nieokreślenie kryteriów równoważności. Nadto odwołujący wniósł o zasądzenie od zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu (wg rachunków, które zostaną przedłożone na posiedzeniu bądź rozprawie).

27 września 2012r. wykonawca HUSAR Budownictwo Inżynieryjne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Włocławku zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego i wniósł o uwzględnienie odwołania w całości.

Zamawiający przed otwarciem posiedzenia Izby, pismem 2 października z 2012 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której poinformował, że dokonał unieważnienia postępowania i wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu wskazał, że wobec wniesienia odwołania dokonał powtórnej analizy specyfikacji i stwierdził, że obecne postępowanie obarczone jest wadą, która przez nieadekwatny do potrzeb opis warunków udziału w postępowaniu oraz błędny opis przedmiotu zamówienia ma realny wpływ na ograniczenie dostępu do przedmiotu zamówienia (w przypadku prawidłowości postanowień większa ilość wykonawców mogłaby ubiegać się o udzielenie zamówienia), jest wadą negatywnie rzutującą na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, opis przedmiotu zamówienia ma negatywny wpływ na możliwość złożenia poprawnych i równoważnych ofert. Zamawiający ocenił, że ziściła się przesłanka wskazana w art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, wobec czego unieważnienie postępowania stało się konieczne.

Izba zważyła, co następuje:

Po dokonaniu na posiedzeniu z udziałem stron analizy stanowiska zamawiającego zawartego w odpowiedzi na odwołanie, Izba uznała, że ziściły się przesłanki wskazane w art. 186 ust. 2 Pzp.

Przywołany przepis daje Izbie możliwość umorzenia postępowania odwoławczego na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego. W orzecznictwie przyjmuje się, że w razie zaistnienia przesłanek opisanych w przepisie umorzenie postępowania odwoławczego jest obowiązkiem Izby realizowanym również na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników.

Art. 186 ust. 2 Pzp wymaga dla umorzenia postępowania uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu oraz brak zgłoszenia przystąpienia w zawitym 3-dniowym terminie po stronie zamawiającego. Zdanie drugie przywołanego przepisu głosi, że w takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Nie zgłoszono przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Należało zatem ocenić, czy zaszła przesłanka uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania w całości.

Izba uznała, że przesłanka ta wystąpiła.

Zgodnie z art. 186 ust. 2 Pzp, jeśli zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania w całości, to zobowiązany jest po umorzeniu postępowania odwoławczego do wykonania w postępowaniu czynności zgodnie z żądaniami wynikającymi z treści odwołania. W orzecznictwie kształtuje się pogląd, że przeciwne działanie zamawiającego narusza prawo.

W konsekwencji treść oświadczenia zamawiającego zawartego w odpowiedzi na odwołanie należy oceniać z perspektywy jego konsekwencji dla postępowania o udzielenie zamówienia.

W okolicznościach sporu zamawiający wykonał alternatywne żądanie odwołania – unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia.

Dostrzeżenia wymaga przy tym, że wskazując w odpowiedzi na odwołanie przyczyny unieważnienia postępowania, zamawiający uznał, że wadliwość zaistniała w zakresie szerszym, niż wskazywany w odwołaniu brak dookreślenia kryteriów równoważności.

Wadliwość Aktu Umowy nie była wskazana w odwołaniu jako podstawa do żądania unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Skoro zamawiający już wykonał w postępowaniu czynność żadaną przez odwołującego, Izba uznała, że oświadczenie zamawiającego o unieważnieniu postępowania wraz z wnioskiem o umorzenie postępowania odwoławczego wyczerpuje dyspozycję art. 186 ust. 2 zd. 1 Pzp i obliuguje Izbę do umorzenia postępowania odwoławczego.

W tym stanie rzeczy, Izba - na podstawie art. 186 ust. 2 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:

.....

.....