

POSTANOWIENIE

z dnia 18 listopada 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu **18 listopada 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 listopada 2014 r.

przez wykonawcę: **BLEJKAN sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Renowacja metodą bezwykopową kolektorów ściekowych* (nr postępowania ZP/47/POIS-040/2014)

prowadzonym przez zamawiającego: **Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni**

postanawia:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze.**
- 2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz BLEJKAN sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie kwoty 20000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) – uiszczonej przez powyższego odwołującego 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 2013 r. poz. 907, z późn. zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „pzp”}, postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na roboty budowlane pn. *Renowacja metodą bezwykopową kolektorów ściekowych* (nr postępowania ZP/47/POIS-040/2014). Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 8 października 2014 r. pod nr 2014/S_193-341560.

4 listopada 2014 r. Zamawiający przesłał faksem Odwołującemu – BLEJKAN sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie {spółka zwana również dalej w skrócie „Blejkan”} zawiadomienie o rozstrzygnięciu prowadzonego postępowania – wyborze jako najkorzystniejszej w części nr 1 zamówienia oferty złożonej przez Per Aarsleff Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz wyborze jako najkorzystniejszej w częściach nr 2 i 3 zamówienia oferty złożonej przez TECO sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, a także o wykluczeniu Odwołującego z postępowania we wszystkich trzech częściach zamówienia.

7 listopada 2014 r. Odwołujący wniósł – w formie pisemnej {pismo datowane na 6 listopada 2014 r.} – do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie {przy zachowaniu wymogu przesłania jego kopii Zamawiającemu} od wykluczenia go z postępowania we wszystkich częściach zamówienia, a także od wyboru najkorzystniejszej oferty w części nr 1 zamówienia {przy czym w pkt II uzasadnienia odwołania wskazano, że dotyczy ono wykluczenia Odwołującego z postępowania}.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 24 ust. 2 pkt 4 – przez wykluczenie Odwołującego z postępowania, pomimo wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.
2. Art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 i 3 – przez dokonanie wyboru oferty Per Aarsleff jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności oceny ofert w zakresie części nr 1, 2 i 3.
2. Unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty.
3. Unieważnienia czynności wyboru oferty Per Aarsleff.
4. Dokonania ponownej oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego, i wyboru oferty Odwołującego w zakresie części nr 1.

Dodatkowo odwołujący sprecyzował zarzuty przez wskazanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych, które jego zdaniem uzasadniają wniesienie odwołania.

Odwołujący zacytował następujący fragment specyfikacji istotnych warunków zamówienia {zwanej również dalej w skrócie „SIWZ” lub „s.i.w.z”}:

2.3.1.1. Wykonawca musi wykazać, iż w ostatnich trzech latach obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, jego średni przychód netto ze sprzedaży towarów i usług wyniósł nie mniej niż:

- 1) 6.000.000 PLN w przypadku składania oferty na Część 1,*
- 2) 3.000.000 PLN w przypadku składania oferty na Część 2,*
- 3) 1.000.000 PLN w przypadku składania oferty na Część 3*

w celu wykazania spełnienia w/w warunku przez Wykonawcę należy przedłożyć wraz z ofertą:

- a) część sprawozdania finansowego tj. rachunek zysków i strat, a jeżeli podlega ono badaniu przez biegłego rewidenta, również z opinią o badanej jego części, a w przypadku Wykonawców niezobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego innych dokumentów określających obroty oraz zobowiązania i należności – za okres ostatnich 3 lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, za ten okres,*

UWAGA

W przypadku składania oferty na więcej niż jedną Część przedmiotu zamówienia Wykonawca zobowiązany jest wykazać w ofercie średnioroczny przychód netto ze sprzedaży w wysokości będącej sumą w/w przychodów wymaganych przez Zamawiającego dla danych Części przedmiotu zamówienia.

Według Odwołującego z powyższego wynika, że w średnia wysokość obrotu, jaką wykazywać miał się wykonawca, uzależniona była m.in. od liczby części, na które składa ofertę. W sytuacji, gdy wykonawca składał oferty na wszystkie części, wymagane było osiągnięcie średniorocznego obrotu na poziomie minimum 10.000.000 zł.

Odwołujący podał, że złożył ofertę na wszystkie części, a do oferty załączył dokumenty potwierdzające, że średnioroczny obrót w okresie ostatnich trzech lat znacząco przekroczył wymaganą kwotę 10.000.000 zł. Z dokumentów tych wynika, że przychód netto ze sprzedaży Odwołującego wyniósł: a) za 2011 rok – 4.633.316,97 zł, b) za 2012 rok – 13.099.899,62 zł c) za 2013 rok – 40.339.518,71 zł, co daje średnioroczny obrót za trzy lata na poziomie 19.357.578,43 zł.

Odwołujący podniósł, że tym samym spełniony został określony w pkt 2.3.1.1 SIWZ warunek ekonomiczny. W ocenie Odwołującego błędny jest pogląd Zamawiającego, że z uwagi na wynik w 2011 r. Odwołujący nie spełnia warunku obowiązującego

Sygn. akt KIO 2333/14

w postępowaniu. Z treści lakonicznego uzasadnienia Zamawiającego wynika bowiem, że według Zamawiającego w razie składania oferty na trzy części obrót w każdym z trzech lat prowadzenia działalności nie może być mniejszy niż 10.000.000 zł. Według Odwołującego jasne jest, że w treści warunku chodzi o roczną średnią z ostatnich trzech lat. Gdyby Zamawiający chciał, aby określony poziom kwotowy był spełniany w każdym roku, nie użyłby terminu „średnia”, a wskazałby wyraźnie, że przychód w każdym z trzech lat nie może być mniejszy niż... Poza tym trudno jest mówić o średniej rocznej w stosunku tylko do danego roku. Przychód netto z danego roku nie jest bowiem średnim, a stanowi konkretną wartość. O średniej można mówić jedynie w zestawieniu tego wyniku z określonym czasem, np. kolejnymi latami. Odwołujący podsumował, że skoro o spełnieniu warunku miał decydować średnioroczny przychód, aby go uzyskać należy dzielić łączne przychody uzyskane przez 3 lata, jeżeli przedłożono sprawozdania za trzy lata (jak w przypadku Odwołującego), jeżeli załączono sprawozdania za dwa lata, należy dzielić przez dwa, a jeżeli przedstawiono sprawozdanie za jeden rok, należy dzielić przychód przez jeden rok, czyli przez okres prowadzenia działalności {w odwołaniu wskazano na wyrok Izby z 26 czerwca 2012 r., sygn. akt KIO 1218/12}.

Odwołujący wskazał, że przyjęcie koncepcji prezentowanej przez Zamawiającego stanowiłoby zmianę zasad postępowania w trakcie jego trwania i dokonywanie interpretacji postanowień SIWZ wbrew oczywistej wykładni językowej. Takie działanie należy uznać za niedopuszczalne. Jak słusznie zauważyła bowiem Krajowa Izba Odwoławcza {w odwołaniu wskazano na wyrok z 17 lipca 2012 r., sygn. akt: KIO 1323/14 i KIO 1332/14}: *Ocena spełnienia wymagań winna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych przez zamawiającego wymagań. Nie jest dopuszczona rozszerzająca, niewyartykułowana interpretacja opisu sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz dokonana w oparciu o nią ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu.*

Zamawiający w piśmie z 17 listopada 2014 r. poinformował Izbę, że 7 listopada 2014 r. kopia odwołania została przesłana faksem oraz listem poleconym wykonawcom uczestniczącym w przedmiotowym postępowaniu.

Izba ustaliła, że do Prezesa Izby nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w tej sprawie.

12 listopada 2014 r. wpłynęła do Izby odpowiedź na odwołanie {datowana na 7 listopada 2014 r.}, w której Zamawiający oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu z 6 listopada 2014 r. i wnosi o umorzenie postępowania zgodnie

z art. 186 ust. 2 ustawy pzp.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Skuteczne skorzystanie przez którąkolwiek ze stron postępowania odwoławczego z przysługującej jej tzw. czynności dyspozytywnej (czyli uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego lub cofnięcia odwołania przez odwołującego) – powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania.

Zamawiający w piśmie z 7 listopada 2014 r. w sposób niebudzący wątpliwości wyraził wolę uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Izba zważyła, że dla wywarcia skutku w postaci umorzenia postępowania odwoławczego konieczne i wystarczające jest uwzględnienie przez Zamawiającego w całości zarzutów zawartych w odwołaniu. Natomiast dalsze czynności, które Zamawiający podejmie w celu uczynienia zadość żądaniom odwołania, pozostają poza oceną Izby w ramach ustalenia zaistnienia przesłanki umorzenia postępowania odwoławczego. Tym niemniej należy odnotować, że art. 186 ust. 2 zd. drugie ustawy pzp nakazuje w takim przypadku Zamawiającemu wykonać, powtórzyć lub unieważnić czynności w prowadzonym postępowaniu zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Wobec stwierdzenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a po jego stronie nie przystąpił żaden wykonawca, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 2 w zw. z art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron tego postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, że ponieważ uwzględnienie w całości zarzutów odwołania nastąpiło przed otwarciem posiedzenia, z mocy art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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: