

Sygn. akt: KIO 1124/12

POSTANOWIENIE
z dnia 11 czerwca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 11 czerwca 2012 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 czerwca 2012 r. przez **wykonawcę Energopol – Szczecin Spółka Akcyjna z siedzibą w Szczecinie, ul. Świętego Floriana 9/13** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Województwo Pomorskie – Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych Województwa Pomorskiego w Gdańsku, ul. Sucha 12**

postanawia :

- 1. umorzyć postępowania odwoławcze;**
- 2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą kwotę uiszczzonego wpisu na rzecz wykonawcę Energopol – Szczecin Spółka Akcyjna z siedzibą w Szczecinie, ul. Świętego Floriana 9/13 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 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na Roboty budowlane dla następujących zadań projektu "Kompleksowe zabezpieczenie przeciwpowodziowe Żuław - ETAP I - Zarząd melioracji i Urzędzeń Wodnych Województwa pomorskiego w Gdańsku", realizowanego w ramach działania 3.1 priorytetu III Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko na lata 2007-2013:

- 1) B04+B05 Rzeka Wisła - odbudowa lewego wału przeciwpowodziowego na odcinku Giemlice - Kiezmark w km 14+300 - 21+500,
- 2) B06 Rzeka Wisła - odbudowa lewego wału przeciwpowodziowego na odcinku Kiezmark - Przegalina w km 21+500 - 28+200, zostało wszczęte przez zamawiającego Województwo Pomorskie – Zarząd Melioracji i Urzędzeń Wodnych Województwa Pomorskiego w Gdańsku, ul. Sucha 12 ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej opublikowanym także w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej za numerem 2012/S 43-069841 w dniu.

W dniu 25 maja 2012r. zamawiający poinformował wykonawców faksem o wynikach postępowania i ponownym wyborze jako najkorzystniejszej oferty firmy Franki Fundamenty spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Krzywa 19 oraz o odrzuceniu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia : Konsorcjum Firm Warbud Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 162A i Przedsiębiorstwo Robót Geologiczno-Wiertniczych Grażyna Janik, Roman Kuś Spółka Jawna z siedzibą w Sławkowie, ul. 23 Stycznia 15. Na drugim miejscu w rankingu ofert pod względem ceny znalazł się wykonawca Energopol-Szczecin Spółka Akcyjna z siedzibą w Szczecinie, ul. Świętego Floriana 9/13.

W dniu 1 czerwca 2012r. na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz na zaniechanie wezwania wykonawcy Franki Fundamenty spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Krzywa 19 do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm. – dalej ustawy) ewentualnie złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy, a po uwzględnieniu konsekwencji tych wezwań ewentualnego zaniechania wykluczenia wykonawcy Franki Fundamenty spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Krzywa 19 na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy i odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy, wniósł drogą elektroniczną odwołanie

wykonawca Energopol-Szczecin Spółka Akcyjna z siedzibą w Szczecinie, ul. Świętego Floriana 9/13 – zwany dalej odwołującym. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie :

1. art. 7 ust 1 ustawy - poprzez jego niezastosowanie polegające na prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
2. art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 26 ust. 3 ustawy - poprzez jego niezastosowanie polegające na zaniechaniu żądania od Franki Fundamenty uzupełnienia dokumentów mających na celu potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji niezastosowanie art. 24 ust. 2 pkt. 4 w zw. z art. 26 ust. 3, czyli wykluczenia wykonawcy, a następnie w trybie art. 89 ust. 1 pkt. 5 (które winny mieć zastosowanie), gdyby zamawiający nie zaniechał zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy;
3. art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy - poprzez jego niezastosowanie polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Franki Fundamenty, jako niepotwierdzającej warunków udziału w postępowaniu;

Wniósł o nakazanie unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Franki Fundamenty; nakazanie wezwania Franki Fundamenty do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, tj.: sprawozdania finansowego albo jego części, a jeżeli podlega ono badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości również z opinią odpowiednio o badanym sprawozdaniu albo jego części, a w przypadku wykonawców nie- zobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego innych dokumentów określających obroty oraz zobowiązania i należności — za okres nie dłuższy niż ostatnie trzy lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — za ten okres; nakazanie dokonania rzetelnej oceny złożonych przez Franki Fundamenty dokumentów w zakresie opisanym powyżej; nakazanie dokonania przez zamawiającego ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem skutków czynności wnioskowanych w pkt 1 do 3 powyżej, jak również przeprowadzenie dowodów z dokumentów wymienionych w uzasadnieniu odwołania oraz przedłożonych na rozprawie, zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującej kosztów postępowania odwoławczego według spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, jako że złożył ofertę, która w wyniku działań zamawiającego została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert. Tym samym w przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania i potwierdzenia się w toku przeprowadzonej rzetelnej ponownej oceny ofert zarzutu

dotyczącego nie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, oferta odwołującego zostanie sklasyfikowana na pierwszym miejscu. Tym samym w wyniku czynności zamawiającego odwołujący może ponieść określoną szkodę, chociażby w postaci utraty przedmiotowego zamówienia. W uzasadnieniu podniósł, że w jego ocenie wykonawca Franki Fundamenty nie spełnił warunków udziału w postępowaniu określonych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ. Wykonawca zgodnie z określonymi warunkami zobowiązany był do przedłożenia: a) sprawozdania finansowego albo jego części, a jeżeli podlega ono badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości również z opinią odpowiednio o badanym sprawozdaniu albo jego części, a w przypadku wykonawców nie- zobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego innych dokumentów określających obroty oraz zobowiązania i należności — za okres nie dłuższy niż ostatnie trzy lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — za ten okres. Firma Franki Fundamenty przedłożyła sprawozdanie finansowe za rok 2010 obejmującym okres obrachunkowy od 01.10.2010r. do 30.09.2011r. Według odwołującego była zobowiązana także do zobowiązany był również do przedłożenia następujących dokumentów:

1) Zestawienia zmian w kapitale własnym,

2) Rachunku Przepływów Pieniężnych,

3) Opinii biegłego rewidenta obejmującej sprawozdanie finansowe za w/w okres.

z dyspozycją przepisu art. 64 ust. 1 ustawy o rachunkowości z dnia 29 września 1994r. (Dz. U. Nr 152, poz. 1223 ze zm.) badaniu i ogłaszaniu podlegają sprawozdania finansowe jednostek, które w poprzedzającym roku obrotowym, za który sporządzono sprawozdania finansowe, spełniły co najmniej dwa z następujących warunków: a) średnioroczne zatrudnienie w przeliczeniu na pełne etaty wyniosło co najmniej 50 osób, b) suma aktywów bilansu na koniec roku obrotowego stanowiła równowartość w walucie polskiej co najmniej 2.500.000 euro, c) przychody netto ze sprzedaży towarów i produktów oraz operacji finansowych za rok obrotowy stanowiły równowartość w walucie polskiej co najmniej 5.000.000 euro. W 2009r. wykonawca Franki Fundamenty Sp. z o.o. spełnił warunki dotyczące sumy aktywów bilansu na koniec roku obrotowego, które wyniosły 13.016.244,17 zł, wg. kursu euro na dzień 30.09.2010r. - 3,9870, co stanowi równowartość w euro 3.264.671,22 euro oraz przychodów netto ze sprzedaży towarów i produktów oraz operacji finansowych za rok obrotowy, które wyniosły 23.920.738.68 zł

wg. kursu 3,9870, co stanowi równowartość 5.999.683,64 euro. Mając powyższe na względzie stwierdzić należało, iż spełniły się okoliczności o których mowa w lit. b) i c) ustawy o rachunkowości. Tym samym Franki Fundamenty Sp. z o.o. w roku 2010 zobowiązana była do badania bilansu i przedłożenia wraz z ofertą części sprawozdania wraz z opinią biegłego. Stosownie do treści art. 26 ust. 3 ustawy w ocenie odwołującego obowiązkiem zamawiającego było wezwać, w zaistniałej sytuacji, wykonawcę Franki Fundamenty do uzupełnienia ww. dokumentów lub ewentualnie wezwać do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Z dokumentacji niniejszego postępowania o zamówienie publiczne nie wynikało aby zamawiający dokonał tych czynności, tym samym doszło do naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy. Odwołanie zostało opatrzone bezpiecznym podpisami cyfrowymi weryfikowanym za pomocą ważnego certyfikatu dwóch członków zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu faksem i bezpośrednio w dniu 1 czerwca 2012r.

W dniu 4 czerwca 2012r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie faksem, a na piśmie w dniu 5 czerwca 2012r., w której oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu poprzez wykonanie wskazanych w odwołaniu czynności. Odpowiedź została podpisana przez dyrektora zamawiającego. W załączeniu zamawiający przesłał pismo z dnia 4 czerwca 2012r. skierowane do Franki Fundamenty stanowiące wezwanie do uzupełnienia dokumentów tj. opinii o badanym sprawozdaniu finansowym w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pod rygorem wykluczenia z postępowania w trybie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.

W dniu 5 czerwca 2012r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

W związku z faktem, iż przed otwarciem posiedzenia Krajowej Izby Odwoławczej, zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania, zaszyły podstawy do umorzenia postępowania.

Zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym, pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim wypadku

zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Jak ustalono wyżej, w prowadzonym postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca.

Zatem mając na uwadze, że:

1. zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu,
2. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca,

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia, zatem koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczanego przez odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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