

Sygn. akt: KIO 893/11

POSTANOWIENIE
z dnia 10 maja 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Rzońca

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 10 maja 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 kwietnia 2011 r. przez wykonawcę **Stanisława Klimka prowadzącego działalność gospodarczą jako Przedsiębiorstwo Usługowe „EKOMEKS” w zakresie instalacyjno budowlanym Stanisław Klimek, Szczawnik 17A, 33-370 Muszyna** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Liszki, 32-060 Liszki, Liszki 230**

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Stanisława Klimka prowadzącego działalność gospodarczą jako Przedsiębiorstwo Usługowe „EKOMEKS” w zakresie instalacyjno budowlanym Stanisław Klimek, Szczawnik 17A, 33-370 Muszyna kwoty **20.000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych)**, stanowiącej uiszczony wpis 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 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 – Gminę Liszki, 32-060 Liszki, Liszki 230 (dalej: „zamawiający”) - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na budowę sieci kanalizacji sanitarnej w miejscowości Kaszów. Przedmiotowe postępowanie jest prowadzone w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”.

W dniu 26 kwietnia 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy - Stanisława Klimka prowadzącego działalność gospodarczą jako Przedsiębiorstwo Usługowe „EKOMEKS” w zakresie instalacyjno budowlanym Stanisław Klimek, Szczawnik 17A, 33-370 Muszyna (dalej: „odwołujący”).

Odwołujący się zarzucał naruszenie przez Zamawiającego zasad udzielania zamówień publicznych przez obrazę przepisów ustawy poprzez niezgodne z zasadami określonymi w Pzp dokonanie oceny ofert, a w szczególności przez:

- 1) rażąco naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- 2) zaniechanie wezwania odwołującego się, do złożenia w wyznaczonym terminie dokumentów potwierdzających spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert pomimo, iż oferta wykonawcy nie podlega odrzuceniu a jednocześnie nie zachodziła przesłanka do unieważnienia postępowania;
- 3) brak dokonania stosownych wyjaśnień oraz uznanie, że oferta odwołującego się spełnia przesłanki odrzucenia określone w art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp, tj. że treść złożonej przez niego oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej : „siwz” lub „specyfikacja”, w szczególności, że ustawa przewiduje możliwość poprawienia, w szczególności na podstawie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp;
- 4) dokonanie bezprawnego wykluczenia odwołującego się,
- 5) dokonanie w związku z powyższym oceny ofert niezgodnie z kryteriami określonymi w siwz a także brak wyboru ww. oferty jako oferty najkorzystniejszej.

Podstawą powyższych zarzutów odwołującego było twierdzenie, że jego oferta została złożona w sposób umożliwiający jest ocenę i wybór jako oferty najkorzystniejszej (jest ofertą najtańszą w sytuacji dokonywania oceny ofert w oparciu o jedyne kryterium ceny) w sytuacji prawidłowo przeprowadzonego postępowania, bez naruszenia przepisów Pzp.

W ocenie odwołującego się zamawiający naruszył: art. 7 ust. 1 i ust. 3, art. 24 ust. 2 pkt. 4, art. 26 ust. 3, art. 87 ust. 1 i 2, art. 89 ust. 1 pkt. 2, art. 91 ust. 1 Pzp

Odwołujący się wnosil o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy „AQVEDUKT-EKO” Mieczysław Kapusta Rusocice 129, 32-071 Kamień (dalej: „AQVEDUKT-EKO”),
- 2) ponowne dokonanie oceny ofert Wykonawców zgodnie z zasadami określonymi w ustawie,
- 3) wybranie oferty odwołującego się jako najtańszej i najkorzystniejszej,
- 4) zasądzenia od zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, a w tym reprezentacji przez pełnomocnika w łącznej wysokości 23.600 zł.

W dniu 26 kwietnia 2011 r. odwołujący się kopię odwołania złożył osobiście w siedzibie zamawiającego.

W dniu 28 kwietnia 2011 r. zamawiający w formie faksu zawiadomił wykonawcę „AQVEDUKT-EKO” o wniesieniu ww. odwołania.

W dniu 2 maja 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie faksu zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawca „AQVEDUKT-EKO”. W formie pisemnej ww. przystąpienie wpłynęło do Izby w dniu 6 maja 2011 r. (pismo opatrzone prezentatą Izby).

Pismem z dnia 4 maja 2011 r., które wpłynęło do Krajowej Izby Odwoławczej w tej samej dacie (prezentata KIO z datą 04.05.2011 r. – wpłynęło), zamawiający odpowiedział na odwołanie w którym uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 186 ust. 2 Pzp w przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Użyty w przywołanym przepisie czasownik „może” wskazuje na etap postępowania odwoławczego, na jakim Izba może wydać postanowienie o umorzeniu postępowania. Zgodnie z art. 186 ust.1 Pzp Zamawiający może wnieść odpowiedź na odwołanie. Odpowiedź na odwołanie wnosi się na piśmie lub ustnie do protokołu. Zamawiający jest zatem uprawniony do uwzględnienia zarzutów odwołania w każdym czasie.

Wskazać też należy, że przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, inaczej, niż przepisy kodeksu postępowania cywilnego, nie dają Izbie możliwości kontrolowania oświadczeń stron pod kątem ich zgodności z przepisami prawa. W konsekwencji oświadczenie Zamawiającego o uwzględnieniu zarzutów odwołania w całości wyczerpuje dyspozycję art. 186 ust. 2 zdanie 1 Pzp i obliguje Izbę do umorzenia postępowania odwoławczego.

Izba wskazuje, iż zarzuty i żądania stanowią dwie odrębne kategorie prawne, z mocy art. 180 ust. 3 Pzp oraz § 4 ust. 1 pkt 6) i 7) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. Nr 48, poz. 280). Izba przy rozpoznawaniu odwołania związana jest wyłącznie zarzutami, nie zaś żądaniami odwołania zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp. Analogicznie art. 186 ust. 2 zdanie 1 Pzp wskazuje, że oświadczenie o uwzględnieniu zarzutów, nie odnosi się do sposobu w jaki Zamawiający zamierza wykonać swoje zobowiązanie do wykonania czynności zgodnie z żądaniami odwołania. Skoro Zamawiający uwzględnił zarzuty przedmiotowego odwołania w całości to zobowiązany jest do wykonania wadliwych czynności zgodnie z żądaniami wynikającymi z treści odwołania. Przeciwnie działanie narusza art. 186 ust. 2 zdanie drugie Pzp.

Kolejno Izba odniosła się do skuteczności przystąpienia do postępowania po odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawcy „AQVEDUKT-EKO” wskazując, że zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego nie wypełnił prawidłowo przesłanek zawartych w art. 185 ust. 2 Pzp, wobec tego należy stwierdzić, że nie przystąpił skutecznie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od daty otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej lub elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

W powyższym przepisie ustawy ustawodawca jasno wskazał, że dla skutecznego przystąpienia do postępowania odwoławczego wymagane jest doręczenie Prezesowi Izby zgłoszenia przystąpienia w ściśle określonej formie, tj. bądź to pisemnej bądź elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu.

Z ustaleń Izby wynika, że zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego ze strony wykonawcy „AQVEDUKT-EKO” wpłynęło do Izby w formie faksu, a więc z uchybieniem formy wskazanej w art. 185 ust. 2 Pzp. W prawidłowej formie zgłoszenie przystąpienia wpłynęło w dniu 6 maja 2011 r., a więc 4 dni po terminie, który upłynął w dniu 2 maja 2011 r. W związku z tym, Izba uznała, że wykonawca „AQVEDUKT-EKO” nie przystąpił skutecznie do przedmiotowego postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Wobec ustalenia przez Izbę, że:

1. zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu,
2. po stronie zamawiającego nie przystąpił skutecznie żaden wykonawca,

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron, zgodnie z treścią art. 186 ust. 2 ustawy oraz §13 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść § 5 ust. 1 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), z którego wynika, że jeżeli zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu przed rozpoczęciem posiedzenia z udziałem stron lub rozprawy, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił skutecznie żaden wykonawca, Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący:

.....