

Sygn. akt: KIO 1078/15

POSTANOWIENIE
z dnia 3 czerwca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu **3 czerwca 2015 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **22 maja 2015 r.** przez **D. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firma: D. P. Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowo-Uslugowe „STAR-SAN-DUO”, ul. Kanałowa 3c, 27-200 Starachowice** w postępowaniu prowadzonym przez **Jednostkę Wojskową Nr 4226, ul. Marsa 110, 04-470 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **A. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Mechanik Specjalistycznej A. M., ul. Wola Rębkowska Przemysłowa 54/7, 08-410 Gawrolin** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze;**
- 2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Dominika Pater prowadzącego działalność gospodarczą pod firma: D. P. Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowo-Uslugowe „STAR-SAN-DUO”, ul. Kanałowa 3c, 27-200 Starachowice kwoty 13 500 zł 00 gr (słownie: trzynaście 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 (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 **dla Warszawy - Pragi w Warszawie.**

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „*usługę remontu cystern dystrybutorów paliwowych CD-10. CN-33D i CN-27D, remont połączony z modernizacją cystern przyczep paliwowych CP-4 i CP -11 oraz odtworzenie sprawności technicznej cystern dystrybutorów paliwowych CN- 21D*”, Nr referencyjny: U/30/2015 zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2015/S 042-072340 z 28.02.2015 r., przez Jednostkę Wojskową Nr 4226, ul. Marsa 110, 04-470 Warszawa zwaną dalej: „*Zamawiającym*”.

W dniu 14.05.2015 r. (faxem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej m.in. dla zadania 1 – A. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Mechanik Specjalistycznej A. M., ul. Wola Rębkowska Przemysłowa 54/7, 08-410 Gawrolin zwanego dalej: „*Zakład Mechanik Specjalistycznej A. M.*” albo „*Przystępującym*”. Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert dla zadania 1 zajęła firma – E. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U.„ELDA” Zakład Napraw Autocystern, ul. Jasna 1, 13-1000 Nidzica zwana dalej: „*P.H.U.„ELDA” Zakład Napraw Autocystern*”. Trzecią pozycję w rankingu złożonych ofert dla zadania 1 zajęła firma – D. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firma: D. P. Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowo-Usługowe „STAR-SAN-DUO”, ul. Kanałowa 3c, 27-200 Starachowice zwana dalej: „*Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowo-Usługowe „STAR-SAN-DUO*” albo „*Odwolującym*”.

W dniu 22.05.2015 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowo-Usługowe „STAR-SAN-DUO” wniosło odwołanie na w/w czynność z 14.05.2015 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 22.05.2015 r. (faxem). Zarzucił naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej: „*Pzp*” w zw. z 24 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z zadania nr 1 Zakład Mechaniki Specjalistycznej Andrzej Mucha mimo, iż Wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, określonych w SIWZ Rozdz. V. pkt. 1.1.1,

1. art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia z zadania nr 1 oferty Zakładu Mechaniki Specjalistycznej A. M., mimo iż Zamawiający był zobowiązany do odrzucenia oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu,

2. art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust.1 i 3 Pzp poprzez dokonanie wyboru dla zadania nr 1 oferty Zakład Mechaniki Specjalistycznej A. M. i zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, mimo że oferta Odwołującego spełniała wszystkie wymogi Zamawiającego określone w SIWZ i była ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów określonych w SIWZ, przy uwzględnieniu okoliczności, że Zakład Mechaniki Specjalistycznej A. M. z siedzibą powinien być wykluczony a jego oferta uznana za odrzuconą, a tym samym niezastosowanie się do obowiązku przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami Pzp. Na tej podstawie wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla zadania nr 1,
- dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert dla zadania nr 1,
- wykluczenia Zakładu Mechaniki Specjalistycznej A. M. z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu dla zadania nr 1 i odrzucenia złożonej przez niego oferty lub uznania jego oferty za odrzuconą,
- dokonania powtórnej czynności wyboru i oceny ofert dla zadania nr 1 i wybrania dla zadania nr 1 oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, oraz
- wyznaczenie i przeprowadzenie rozprawy,
- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wnioskowanych w treści odwołania,
- zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych lub według spisu kosztów w sytuacji jego złożenia na rozprawie.

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego w/w przepisów Pzp interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż w przypadku prawidłowego działania Zamawiającego, w szczególności prawidłowego dokonania czynności badania ofert a następnie ich oceny, Zakład Mechaniki Specjalistycznej A. M. powinien zostać wykluczony, a jego oferta uznana za odrzuconą, i tym samym nie byłaby brana pod uwagę przy ustalaniu punktacji pozostałych ofert, zaś za najkorzystniejszą ofertę zostałaby uznana oferta złożona przez Odwołującego - jako spełniająca wszystkie warunki postawione przez Zamawiającego. Zgodnie z zapisami SIWZ – Rozdz. XIII Opis kryteriów i sposobu oceny ofert oferty miały zostać ocenione odrębnie dla każdego z zadań zgodnie z kryterium (a) ceny - 90% i terminu realizacji (10%). Zamawiający miał dokonać przeliczenia według wzorów wskazanych w SIWZ, w wyniku którego za najkorzystniejsza miała być uznana oferta z najwyższą liczbą punktów P jako sumy punktów uzyskanych w kryteriach cena

i kryterium termin realizacji. Z kolei we wzorze na obliczenie punktów w kryterium cena i odpowiednio termin realizacji pod uwagę były brane oferty z najniższą ceną (za którą uznał Zamawiający cenę ZMS A. M.) w stosunku do ceny oferty badanej, oraz oferty z najkrótszym terminem realizacji (75 dni wykonawcy Zakład Mechaniki Specjalistycznej A. M. i wykonawcy P.H.U.,„ELDA” Zakład Napraw Autocystern) w stosunku do terminu realizacji. Przy uwzględnieniu oferty wykonawcy ZMS A. M. punktacja wyglądała następująco:

1. P.H.U.,„ELDA” Zakład Napraw Autocystern
 - a. cena brutto 1.102.080,00 zł
 - b. termin 75 dni
 - c. liczba punktów w kryterium cena: 80,72
 - d. liczba punktów w kryterium termin: 10,00
 - e. łączna liczba punktów: 90,72
2. Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowo-Usługowe „STAR-SAN-DUO”
 - a. cena brutto 1.033.200,00 zł
 - b. termin 170 dni
 - c. liczba punktów w kryterium cena: 86,10
 - d. liczba punktów w kryterium termin: 4,41
 - e. łączna liczba punktów: 90,51
3. Zakład Mechaniki Specjalistycznej A. M.
 - a. cena brutto 988.428,00 zł
 - b. termin 75 dni
 - c. liczba punktów w kryterium cena: 90,00
 - d. liczba punktów w kryterium termin: 10,00
 - e. łączna liczba punktów: 100,00

Załączył jako dowód zawiadomienie o wynikach postępowania z 14.05.2015 r., formularz ofertowy Odwołującego, formularz ofertowy P.H.U.,„ELDA” Zakład Napraw Autocystern na okoliczność ich treści i interesu Odwołującego

Gdyby Zamawiający prawidłowo dokonał oceny ofert i wykluczył wykonawcę Zakład Mechaniki Specjalistycznej A. M., a jego ofertę uznał za odrzuconą, wówczas ceną najniższą byłaby cena oferowana przez Odwołującego i punktacja wyglądałaby następująco:

1. P.H.U.,„ELDA” Zakład Napraw Autocystern
 - a. cena brutto 1.102.080,00 zł
 - b. termin 75 dni
 - c. liczba punktów w kryterium cena: 84,375
 - d. liczba punktów w kryterium termin: 10,00
 - e. łączna liczba punktów: 94,375
2. Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowo-Usługowe „STAR-SAN-DUO”

- a. cena brutto 1.033.200,00 zł
- b. termin 170 dni
- c. liczba punktów w kryterium cena: 90,00
- d. liczba punktów w kryterium termin: 4,41
- e. łączna liczba punktów: 94,41

W wyniku prawidłowego dokonania oceny a następnie badania ofert, Odwołujący powinien uzyskać największą liczbę punktów, a jego oferta winna być uznana za najkorzystniejszą. Tym samym, Zamawiający poprzez zaniechanie wykluczenia Zakład Mechaniki Specjalistycznej A. M. naruszył interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia. Nie ulega zatem wątpliwości, iż w ten sposób Odwołujący może ponieść szkodę, bowiem nie uzyskał przedmiotowego zamówienia. Pismem z 14.05.2015 r., Zamawiający poinformował Odwołującego o wynikach postępowania nr U/30/2015, w tym dla zadania nr 1, z którego wynika, że Zamawiający dokonał wyboru i jako najkorzystniejszą dla wykonania zadania nr 1 wybrał ofertę złożoną przez Zakład Mechaniki Specjalistycznej A. M. z łączną punktacją w wysokości 100,00 punktów, a oferta Odwołującego uzyskała liczbę punktów w wysokości 90,51 i z tym wynikiem pozostała na trzecim miejscu, podczas gdy na drugim miejscu była oferta P.H.U., „ELDA” Zakład Napraw Autocystern.

Odwołujący nie zgodził się z rozstrzygnięciem i wnosząc niniejsze odwołanie zarzuca, że Zamawiający dokonał wyboru oferty Zakład Mechaniki Specjalistycznej A. M., który nie spełnił warunków udziału w postępowaniu i winien zostać wykluczony a jego oferta uznana za odrzuconą, względnie odrzucona na mocy art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp jako oferta wykonawcy wykluczonego z postępowania o udzielenie zamówienia. Jednocześnie Zamawiający winien dokonać wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty złożonej w postępowaniu. Odwołujący zarzucił, że Zakład Mechaniki Specjalistycznej A. M. nie spełnił warunków udziału w postępowaniu, tj. warunku posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, określonego przez Zamawiającego w Rozdz. V pkt 1.1.1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”). W Rozdz. V dotyczącym warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków w pkt 1.1. ppkt 1.1.1. w zakresie warunku posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, Zamawiający wskazał, że: Zamawiający uzna spełnienie warunku, jeżeli Wykonawca posiada uprawnienia WDT do naprawy:

- a/ zbiorników cystern do przewozu materiałów niebezpiecznych
 - b/ urządzeń do napełniania i opróżniania zbiorników transportowych
 - c/ urządzeń do napełniania uzbrojenia i sprzętu wojskowego przeznaczonych dla Sił Zbrojnych RP
- dotyczy zadań 1,2, 7-12.

W celu potwierdzenia spełnienia w/w warunku Zamawiający wymagał przedłożenia następujących dokumentów: aktualnych decyzji wydanych przez organ właściwej jednostki Wojskowego Dozoru Technicznego (Rozdz. VI pkt. 2.1.1. SIWZ- str. 8 SIWZ). Natomiast zgodnie z zapisem SIWZ Rozdz. V pkt 5. Ocena spełnienia warunków dokonana miała zostać zgodnie z formułą „spełnia - nie spełnia” w oparciu o informacje zawarte w oświadczeniach, poświadczeniach i dokumentach wyszczególnionych w Rozdz. VI SIWZ. Z treści załączonych dokumentów miało jednoznacznie wynikać , iż w/w warunki (tj. warunki wymagane przez Zamawiającego) wykonawca spełnił. Wykonawca załączył do oferty dokumenty, z których wynika, że posiada on uprawnienia ale w innym zakresie niż wymagany przez Zamawiającego, a tym samym nie spełnia on warunku określonego przez Zamawiającego.

Z dokumentu przedstawionego przez Wykonawcę (decyzja nr 243-03/WDT/UCB/12 z 23.05.2012 r., decyzja nr 22-1/WDT/00 - z 17.03.2000 r., decyzja nr 243-01/WDT/UCB/05 z 6.06.2005 r.) wynika, że posiada on uprawnienia:

1. do wytwarzania, naprawy i modernizacji:

(-) zbiorników stałych,

(-) przewodów elastycznych do napełniania i opróżniania zbiorników transportowych,

(-) przewodów elastycznych do napełniania uzbrojenia i sprzętu wojskowego;

2. do naprawy zbiorników bezciśnieniowych i zbiorników ciśnieniowych o ciśnieniu nie wyższym niż 0,05 Mpa przeznaczonych do przewozu materiałów niebezpiecznych kl. 3 wd ADR;

3. do naprawy i modernizacji zbiorników transportowych do przewozu towarów niebezpiecznych. Załączył jako dowód SIWZ postępowania nr U/30/2015, oferta wykonawcy MZS A. M., decyzja nr 243-03/WDT/UCB/12 z 23.05.2012 r., decyzja nr 22-1/WDT/00 - z 17.03.2000 r., decyzja nr 243-01/WDT/UCB/05 z 6.06.2005 r. na okoliczność niespełnienia warunku przez Zakład Mechaniki Specjalistycznej A. M. .

Tym samym, Wykonawca nie posiada uprawnień w zakresie wymaganym przez Zamawiającego. Posiada on jedynie uprawnienia na wytwarzanie, naprawę i modernizację przewodów elastycznych do napełniania i opróżniania zbiorników transportowych i napełniania uzbrojenia i sprzętu wojskowego, które są jedynie jedną z części składowych urządzeń do napełniania i opróżniania zbiorników transportowych i napełniania uzbrojenia i sprzętu wojskowego. Potwierdzeniem powyższego są zapisy Rozporządzenia Ministra Obrony Narodowej z dnia 18 listopada 2014 r. w sprawie warunków technicznych dozoru technicznego odnoszących się do niektórych specjalistycznych urządzeń ciśnieniowych oraz rodzajów urządzeń, przy których obsłudze wymagane jest posiadanie szczególnych kwalifikacji (Dz. U. z 1.12.2014 r.) oraz przepisy obowiązującego w dacie wydania decyzji dla Zakład Mechaniki Specjalistycznej A. M. Rozporządzenia Ministra Obrony Narodowej z

19.05.2011 r. w sprawie warunków technicznych dozoru technicznego dla niektórych specjalistycznych urządzeń ciśnieniowych (Dz. U. z 16.06.2011 r.), które w tym zakresie zawierało przepis tożsame oraz załączników do w/w Rozporządzeń, które wskazują na części składowe urządzeń do napełniania i opróżniania zbiorników transportowych i napełniania uzbrojenia i sprzętu wojskowego.

Zgodnie zatem z definicją z § 2 pkt 10 i 11 Rozporządzenia z 2014 r.:

10) wojskowe urządzenie do napełniania i opróżniania zbiornika transportowego - urządzenie w postaci elastycznego przewodu, ramienia przeładunkowego lub wężła dystrybucyjnego, którego zadaniem jest napełnianie towarem niebezpiecznym lub płynem pod ciśnieniem wyższym od 0,5 bar lub opróżnianie z tego towaru lub płynu pod ciśnieniem wyższym od 0,5 bar zbiornika transportowego:

a) kolejowego lub drogowego,

b) zamontowanego na statku powietrznym lub jednostce pływającej należącej do Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej albo przez nie eksploatowanego;

11) urządzenie do napełniania uzbrojenia i sprzętu wojskowego - urządzenie w postaci elastycznego przewodu, ramienia nalewczego lub wężła dystrybucyjnego zapewniające szczelne połączenie przy napełnianiu uzbrojenia i sprzętu wojskowego.

i odpowiednio definicje z Rozporządzenia z 2011 r. § 2 pkt 19 i 20:

19) wojskowe urządzenie do napełniania i opróżniania zbiornika transportowego (UNO-WP) - urządzenie w postaci elastycznego przewodu, ramienia przeładunkowego lub wężła dystrybucyjnego, którego zadaniem jest napełnianie lub opróżnianie towarem niebezpiecznym lub pod ciśnieniem wyższym od 0,5 bara zbiornika transportowego, kolejowego, drogowego, zamontowanego na statku powietrznym lub jednostce pływającej należącej do Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej albo przez nie eksploatowane;

20) urządzenie do napełniania uzbrojenia i sprzętu wojskowego (UNW) - urządzenie w postaci elastycznego przewodu, ramienia nalewczego lub wężła dystrybucyjnego niebędącego UNO zapewniające szczelne połączenie przy napełnianiu uzbrojenia i sprzętu wojskowego. Zadeklarował przedłożenie stanowisko WDT, o które Odwołujący wystąpił, a które przedłoży niezwłocznie po uzyskaniu od WDT.

W konsekwencji, uznał, iż wykonawca MZS A. M. nie spełnia warunku posiadania uprawnień wymaganych przez Zamawiającego. Podkreślił, że zgodnie z przepisem art. 9 ustawy o dozorcze technicznym (Dz. U. Nr 122, poz. 1321 z późn. zm.) urządzenia techniczne oraz materiały i elementy stosowane do ich wytwarzania, naprawy lub modernizacji mogą być wytwarzane, naprawiane lub modernizowane przez wytwarzającego, naprawiającego lub modernizującego, który posiada uprawnienie, wydane w formie decyzji administracyjnej, do ich wytwarzania, naprawiania lub modernizacji, zwane dalej "uprawnieniem", wydane przez organ właściwej jednostki dozoru technicznego, chyba że przepisy szczególne stanowią

inaczej. Organ właściwej jednostki dozoru technicznego, na wniosek wytwarzającego urządzenia techniczne oraz materiały i elementy stosowane do ich wytwarzania, naprawiającego lub modernizującego urządzenia techniczne, wydaje uprawnienie po stwierdzeniu, że wytwarzający, naprawiający lub modernizujący spełnia wymagania w zakresie wytwarzania, naprawy lub modernizacji tych urządzeń, a w szczególności: (1) wdrożył właściwą technologię wytwarzania, naprawy lub modernizacji; (2) posiada urządzenia zapewniające wytwarzanie, naprawę lub modernizację zgodnie z technologią, o której mowa w pkt 1; (3) zatrudnia pracowników o odpowiednich kwalifikacjach, określonych w odrębnych przepisach; (4) posiada zorganizowaną kontrolę jakości; (5) ma możliwość przeprowadzenia badań niszczących i nieniszczących wytwarzanych, naprawianych lub modernizowanych urządzeń technicznych oraz materiałów we własnym laboratorium lub laboratorium uznanym przez organ właściwej jednostki dozoru technicznego. Tym samym, dla uzyskania uprawnień należy spełnić szereg wymogów, określonych w ustawie, i nie można przyjąć, aby posiadanie uprawnień wydanych przez WDT na inny zakres niż wymagany przez Zamawiającego, stanowiło spełnienie i wykazanie warunku w zakresie posiadanych uprawnień. Zamawiający w sposób jednoznaczny i konkretny wskazał w jakim zakresie oczekuje wypełnienia warunku, tj. zakresu uprawnień. Wykonawca natomiast przedstawił uprawnienia ale w zakresie innym niż wymagany przez Zamawiającego, w związku z tym nie wykazał spełnienia warunku.

Odwołujący pismem z 27.04.2015 r. wskazywał Zamawiającemu na okoliczność, że Zakład Mechaniki Specjalistycznej A. M. nie spełnia warunku w zakresie posiadania uprawnień, co winno na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp skutkować jego wykluczeniem i uznaniem oferty za odrzuconą, względnie odrzuceniem oferty wykonawcy wykluczonego. Z informacji zawartych w dokumentacji przetargowej (protokół z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego) wynika, że Zamawiający otrzymał pismo Odwołującego, a mimo to zaniechał czynności wykluczenia Zakład Mechaniki Specjalistycznej A. M. lub weryfikacji przedstawionych dokumentów. Załączył jako dowód kopie protokołu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zgodnie z przepisem art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie ze stanowiskiem UZP (Informator UZP 2010, nr 1, s. 14-15): *"Przez "warunki udziału w postępowaniu" należy (...) rozumieć warunki określone przez ustawodawcę w art. 22 ust. 1 oraz art. 24 ust. 1 p.z.p. odnoszące się do właściwości podmiotowej wykonawcy, których spełnienie jest wymagane od każdego wykonawcy przystępującego do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod rygorem wykluczenia (...). Sama istota okoliczności wskazywanych w art. 24 ust. 1 wskazuje na to, iż mamy do czynienia z warunkami od których zależy dalszy udział wykonawcy*

w postępowaniu o zamówienie publiczne. Na powyższe wskazują wprost pozostałe przepisy ustawy, choćby art. 26 ust. 2a ustawy: "Wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1"". Ciężar udowodnienia, że wykonawca spełnia warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1, oraz nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1, spoczywa na wykonawcy ubiegającym się o zamówienie publiczne. Wynika to z art. 26 ust. 2a oraz art. 24 ust. 2 pkt 4. Wykonawca na żądanie Zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1. Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 2 pkt 4). Ofertę wykonawcy wykluczonego odrzuca się na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp. W konsekwencji, skoro Zakład Mechaniki Specjalistycznej A. M. nie wykazał spełnienia warunku posiadania uprawnień wymaganych przez Zamawiającego, to tym samym winien być wykluczony z postępowania a jego oferta uznana za odrzuconą. Co istotne należy wskazać, że Zamawiający dokonał wykluczenia wykonawcy Wojskowe Zakłady Inżynieryjne (str. 8 Informacji o rozstrzygnięciu), właśnie powołując się na brak spełnienia warunku posiadania uprawnień wymaganych w SIWZ. W przypadku natomiast Zakład Mechaniki Specjalistycznej A. M. dla zadania nr 1 zaniechał dokonania tej czynności.

Zamawiający naruszył również art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, zgodnie z którym Zamawiający jest zobligowany do odrzucenia oferty wykonawcy, który został wykluczony z postępowania. Zatem, skoro Zakład Mechaniki Specjalistycznej A. M. podlegał wykluczeniu, to tym samym Zamawiający zobowiązany był odrzucić jego ofertę, czego zaniechał. Zaniechanie Zamawiającego i niewykluczenie wykonawcy Zakład Mechaniki Specjalistycznej A. M. i nieodrzuconie jego oferty doprowadziło do nieprawidłowego i niezgodnego z przepisami Pzp rozstrzygnięcia z naruszeniem zasad konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez wybór oferty wykonawcy, który winien być wykluczony. W konsekwencji, konieczne jest unieważnienie czynności wyboru ofert i nakazanie Zamawiającemu ponownego badania oceny ofert, z zachowaniem przepisów prawa. Podsumowując, skoro Zakład Mechaniki Specjalistycznej A. M. nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie warunku posiadania uprawnień do wykonywania działalności lub czynności, Zamawiający - dokonując prawidłowego badania ofert, winien wykluczyć Zakład Mechaniki Specjalistycznej A. M. jako niespełniającego

warunków udziału, a jego ofertę uznać za odrzuconą, względnie odrzucić ofertę na zasadzie art. 89 ust.1 pkt 5 Pzp, a następnie winien dokonać wyboru spośród ofert niepodlegających odrzuceniu wybierając ofertę Odwołującego jako najkorzystniejszą według kryterium ustalonego przez Zamawiającego.

Zamawiający w dniu 22.05.2015 r. wezwał (faxem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 25.05.2015 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zakład Mechanik Specjalistycznej A. M. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 01.06.2015 r. (faxem), a następnie 02.06.2015 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił odwołanie w całości m.in. w oparciu o treść pozyskanej opinii WDT. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującemu. Unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej dla zadania 1 i wezwał w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia oferty w zakresie wymaganych uprawnień Zakład Mechanik Specjalistycznej A. M. .

W dniu 02.06.2015 r. (e-mailem) Prezes KIO w związku z postanowieniem Izby z dnia 02.06.2015 r. wezwał Zakładu Mechanik Specjalistycznej A. M. na podstawie § 13 ust. 2 pkt 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22.03.2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j.: Dz. U. z 2014, poz. 964) do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu, w terminie 3 dni.

W dniu 02.06.2015 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zakład Mechanik Specjalistycznej A. M. złożył pismo o tytule „*Cofnięcie przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego*”, gdzie stwierdził, że nie wnosi sprzeciwu do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez Zamawiającego.

W dniu 02.06.2015 r. (faxem) Odwołujący cofnął odwołanie, przed otwarciem rozprawy, wniesione 22.05.2015 r. Stwierdził, że powyższe jest wynikiem unieważnienia przez Zamawiającego – pismem z 01.06.2015 r. - czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla zadania 1 i poinformowaniu, że dokona powtórzenia czynności oceny oferty Zakładu Mechaniki Specjalistycznej A. M. . Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że pismo wycofujące odwołanie zostało złożone prawidłowo i podpisane przez właściciela, w konsekwencji czego uznała, że odwołanie zostało skutecznie wycofane przed otwarciem rozprawy.

Izba rozważyła także, czy na gruncie badanej sprawy należało umorzyć postępowanie odwoławcze ze względu na uwzględnienie w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez Zamawiającego (przy braku sprzeciwu Przystępującego po stronie Zamawiającego), czy też za podstawę niniejszego postanowienia zasadnym było przyjęcie art. 187 ust. 8 Pzp nakazującego Izbie umorzenie postępowania, z uwagi na cofnięcie odwołania. Izba uznała, że zasadnym jest drugie ze wskazanych rozwiązań.

Przede wszystkim koniecznym jest podkreślenie, iż postępowanie wywołane odwołaniem zakończone zostaje wydaniem wyroku merytorycznie je rozstrzygającego bądź postanowieniem (art. 192 ust. 1 Pzp). Tym samym dopóki Izba nie wyda żadnego ze wskazanych orzeczeń możliwym jest dokonywanie w jego toku przez strony postępowania czynności dyspozytywnych (cofnięcia odwołania, uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu). Izba w pełni podzieliła stanowisko wyrażone w postanowieniu z 20.12.2010 r., sygn. akt: KIO 2614/10, iż: *„Ustawa nie precyzuje treści instytucji cofnięcia odwołania. Nie mniej jednak uprawnione jest twierdzenie, że cofnięcie odwołania (przy uwzględnieniu szeregu istotnych różnic) jest zbliżone do cofnięcia powództwa w postępowaniu cywilnym (Komentarz do art. 187 ustawy: M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2010, wyd. IV.). Zasadnym jest w konsekwencji przyjęcie, iż odwołanie cofnięte nie wywołuje żadnych skutków, które ustawa wiąże z jego wniesieniem - skuteczne cofnięcie odwołania niweczy skutki wywołane jego wniesieniem, a udzielenie ochrony prawnej staje się bezprzedmiotowe”*.

W ocenie Izby umorzeniu postępowania z uwagi na cofnięcie odwołania nie stoi na przeszkodzie fakt podania przez Odwołującego, iż kierował się przy podejmowaniu tej czynności informacją ze strony Zamawiającego o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołania. Odwołujący dysponuje bowiem również informacją o zgłoszonym przystąpieniu, a także nie może nie mieć świadomości obowiązujących przepisów. Z kolei Izba nie jest uprawniona do badania jakimi motywami kierował się Odwołujący przy podejmowaniu decyzji, która została wyrażona w sposób jednoznaczny i oznacza rezygnację z popierania odwołania, niweczącą wszelkie skutki jakie Pzp wiąże z jego wniesieniem.

W zakresie przyjętego rozwiązania, Izba podzieliła pogląd wynikający z orzecznictwa, tj. z postanowienia KIO z 20.12.2010 r., sygn. akt: KIO 2614/10, postanowienia KIO z 21.04.2011 r., sygn. akt: KIO 763/11, postanowienia KIO z 15.02.2012 r., sygn. akt: KIO 220/12; postanowienia KIO z 03.10.2012 r., sygn. akt: KIO 2051/12, postanowienia KIO z 06.02.2013 r., sygn. akt: KIO 204/13, czy też postanowienia KIO z 30.07.2013 r., sygn. akt: KIO 1734/13.

Uwzględniając powyższe, Izba, działając na podstawie art. 187 ust. 8 oraz art. 192 ust. 1 zd. 2 Pzp, umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt: KIO 1078/15.

Postanowienie zostało ogłoszone poprzez jego wywieszenie na tablicy ogłoszeń w trybie § 32 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t. j. Dz. U. z 2014 poz. 964).

Na podstawie art. 187 ust. 8 zd. 2 Pzp oraz § 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), Izba orzekła o dokonaniu zwrotu Odwołującemu z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych 90 % kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący:

.....