

POSTANOWIENIE

z dnia 6 czerwca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

wobec cofnięcia w dniu **6 czerwca 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 maja 2014 r.

przez wykonawcę: **Eurobud Ch. sp. j. z siedzibą w Starogardzie Gdańskim**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Roboty budowlane na formule zaprojektuj i wybuduj polegające na zaprojektowaniu i wybudowaniu na potrzeby Szpitali Tczewskich S.A. nowego budynku szpitala obejmującego Dział Sterylizacji, Izbę Przyjęć, Blok Operacyjny, Oddział Anestezjologii i Intensywnej Terapii, zlokalizowanego między istniejącymi budynkami szpitala, oraz częściowej przebudowie wewnętrznej istniejących budynków przyległych i zagospodarowaniu całego terenu szpitala na terenie działek 1/3 i 1/4, przy ulicy 30 Stycznia 57/58 w Tczewie* (nr postępowania 11/PN/2014)

prowadzonym przez zamawiającego: **Szpital Tczewskie S.A. z siedzibą w Tczewie**

postanawia:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze.**
- 2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: Eurobud Ch. sp. j. z siedzibą w Starogardzie Gdańskim kwoty 9000 zł 00 gr** (słownie: dziewięć 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 w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Szpitale Tczewskie S.A. z siedzibą w Tczewie – 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; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. *Roboty budowlane na formule zaprojektuj i wybuduj polegające na zaprojektowaniu i wybudowaniu na potrzeby Szpitali Tczewskich S.A. nowego budynku szpitala obejmującego Dział Sterylizacji, Izbę Przyjęć, Blok Operacyjny, Oddział Anestezjologii i Intensywnej Terapii, zlokalizowanego między istniejącymi budynkami szpitala, oraz częściowej przebudowie wewnętrznej istniejących budynków przyległych i zagospodarowaniu całego terenu szpitala na terenie działek 1/3 i 1/4, przy ulicy 30 Stycznia 57/58 w Tczewie* (nr postępowania 11/PN/2014). Ogłoszenie o tym zamówieniu 21 maja 2014 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 171958-2014. Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

26 maja 2014 r. {pismem z 23 maja 2014 r.} Eurobud Ch. sp. j. z siedzibą w Starogardzie Gdańskim {spółka zwana również dalej w skrócie „Eurobud”} wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania kopii odwołania Zamawiającemu) wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia {zwanej również dalej w skrócie „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy pzp {związłe określenie zarzutów}:

1. Art. 22 ust. 1, art. 22 ust 4 w zw. z art. 7 ust. 1, art. 25 i art. 29 ust. 2 – przez określenie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny, w sposób niezasadny, i który zmierza do ograniczenia uczciwej konkurencji.
2. Art. 7 ust. 1 – przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.
3. Art. 17 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 17 ust 1 pkt 3 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (t.j. Dz. U. 2013 r. poz. 168) – przez opisanie przedmiotu zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję oraz opisanie sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu

zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu zmiany niżej wymienionych postanowień SIWZ w następujący sposób:

1. Pkt VI 1.1. – przez wykreślenie zapisu *...budynku szpitala z salami łóżkowymi oraz blokiem operacyjnym wraz z ich wyposażeniem, o wartości inwestycji brutto nie mniejszej niż 16,000.000 PLN...*
2. Pkt V 5.c. – przez wykreślenie zapisu: *osiągnął w każdym z ostatnich trzech lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w każdym roku prowadzenia działalności, obroty rozumiane jako przychód netto ze sprzedaży w wysokości nie mniejszej niż wartość brutto oferty złożonej przez Wykonawcę w niniejszym postępowaniu.*
3. Pkt V 5.c. – przez wprowadzenie zapisu, który w sposób jednoznaczny i wyczerpujący określi obroty rozumiane jako przychód netto ze sprzedaży, które powinien osiągnąć wykonawca zamierzający ubiegać się o przedmiotowe zamówienie.

Ponadto Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia w prowadzonym przez niego postępowaniu, w sposób umożliwiający zachowanie zasad uczciwej konkurencji.

Odwołujący sprecyzował w szczególności następujące okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania.

Odwołujący zacytował postanowienie pkt VI 1.1 SIWZ: *wykaz robót budowlanych polegających na zrealizowaniu minimum jednej inwestycji przeprowadzonej w formule „zaprojektuj i wybuduj” polegającej na budowie budynku szpitala z salami łóżkowymi oraz blokiem operacyjnym wraz z ich wyposażeniem, o wartości inwestycji brutto nie mniejszej niż wartość oferty brutto złożonej przez Wykonawcę w niniejszym postępowaniu, która to inwestycja obejmowała zagospodarowanie terenu wokół wybudowanego obiektu, wykonanie dróg dojazdowych, parkingu oraz montaż dźwigu windowego w wybudowanym obiekcie, wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dowodów, określających czy roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, wg wzoru z załącznika nr 6 do SIWZ.*

Odwołujący zarzucił, że powyższy warunek jest rażącym naruszeniem zasady określonej w art. 29 ust 2 pzp, gdyż zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 13 lipca 2011 r. (sygn. akt KIO 1400/11) usługa, której wykonanie (wykonywanie) należy wykazać jako spełnienie warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia nie musi być tożsama z usługą stanowiącą przedmiot zamówienia.

Kolejnym postanowieniem SIWZ według Odwołującego rażąco naruszającym zasady uczciwej konkurencji jest sformułowanie: *...osiągnął w każdym z ostatnich trzech lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w każdym roku prowadzenia działalności, obroty rozumiane jako przychód netto ze sprzedaży w wysokości nie mniejszej niż wartość brutto oferty złożonej przez Wykonawcę w niniejszym postępowaniu.*

Odwołujący zarzucił, że taki warunek ma charakter nieprecyzyjny i nieobiektywny. Ze względu na nieprecyzyjne określenie nie jest możliwe ustalenie, czy dany wykonawca jest w stanie ów warunek spełnić, a tym samym, czy może ubiegać się o przedmiotowe zamówienie. Ponadto tak opisany warunek i bezpośrednio z nim związany opis sposobu dokonywania oceny jego spełniania są różne dla wszystkich wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie, gdyż zależą od ceny złożonej przez danego wykonawcę oferty. Zdaniem Odwołującego uzależnienie przez Zamawiającego oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu od ceny oferty jest rażącym naruszeniem art. 7 ust 1 w zw. z art. 29 ust 2 pzp.

Odwołujący podniósł, że rolą Zamawiającego jest dookreślenie opisu spełniania warunków udziału w postępowaniu w taki sposób, aby zapewniał wybór oferty wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia, nie prowadząc przy tym do nieuzasadnionego ograniczenia kręgu wykonawców mogących się ubiegać o udzielenie zamówienia. Odwołujący powołał się na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej zajęte w uchwale z 11 marca 2014 r. (sygn. akt KIO/KU 18/14): *Prawo zamówień publicznych stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy m.in. spełniają warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia. Użyte przez Ustawodawcę sformułowanie oznacza, że dostęp do zamówienia powinni mieć zapewniony wszyscy wykonawcy, którzy spełniają podstawowe wymogi potrzebne do prawidłowego wykonania zamówienia, niekoniecznie zaś wymogi wygórowane, tj. takie, których spełnienie nie jest konieczne do wykazania zdolności do realizacji zamówienia. Zgodnie z art. 22 ust. 4 Pzp opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Celem wprowadzonego przepisu jest realizacja wyrażonej w prawie zamówień publicznych zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania (art. 7 ust. 1 Ustawy). Wprowadzone do Ustawy sformułowanie „związany z przedmiotem zamówienia” oznacza, iż opis warunków powinien być dokonywany „przez pryzmat celu, jakiemu ma on służyć, a więc zapewnieniu wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia.*

Pismem z 29 maja 2014 r. Zamawiający poinformował, że 25 maja 2014 r. zamieścił informację o wniesieniu odwołania oraz jego kopię na swojej stronie internetowej.

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

Z nadesłanej przez Zamawiającego dokumentacji wynika, że 29 maja 2014 r. dokonał on zmiany ogłoszenia i s.i.w.z. w zakresie pkt V 5.c., który otrzymał brzmienie: *... osiągnął w każdym z ostatnich trzech lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w każdym roku prowadzenia działalności, obroty rozumiane jako przychód netto ze sprzedaży w wysokości nie mniejszej niż 16.000.000,00 PLN.*

5 czerwca 2014 r. do Izby wpłynęło pismo Odwołującego (datowane na 2 czerwca 2014 r.), w którym oświadczył, że – działając w oparciu o art. 187 ust. 8 ustawy pzp – cofa odwołanie wniesione 26 maja 2014 r. w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego.

Zarówno odwołanie, jak i cofnięcie zostało podpisane przez osobę będącą prokurentem samoistnym Eurobud Ch. sp. j. z siedzibą w Starogardzie Gdańskim, która została ujawniona w tym charakterze w informacji odpowiadającej odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego (Nr KRS: 0000254745).

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.

Z uwagi na cofnięcie odwołania przez Odwołującego przed otwarciem rozprawy, Izba – działając na podstawie art. 187 ust. 8 oraz art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych – umorzyła postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do treści art. 187 ust. 8 zd. 2 pzp w związku z § 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).

Przewodniczący: