

## POSTANOWIENIE

z dnia 15 maja 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron postępowania odwoławczego w dniu **15 maja 2014 r.** w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 maja 2014 r. przez wykonawców:

- **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – 1) „OMEGA” Zakład Sieci Wodno-Kanalizacyjnych I..... I....., Ruda Śląska (pełnomocnik wykonawców), 2) „OMEGA 1” Zakład Sieci Wodno-Kanalizacyjnych S..... I....., Lipnik, 3) „OMEGA 2” Zakład Sieci Wodno-Kanalizacyjnych I..... I..... – K....., Ruda Śląska, 4) „OMEGA 3” Zakład Sieci Wodno-Kanalizacyjnych A..... S....., Lipnik – sprawa o sygn. akt KIO 880/14**
- **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych INKOP sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie – sprawa o sygn. akt KIO 881/14**

w postępowaniu pn. *Sukcesywna budowa sieci kanalizacyjnych w Krakowie w ciągu 24 miesięcy* (nr postępowania 49/PO-9/2014)

prowadzonym przez zamawiającego: **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji S.A. z siedzibą w Krakowie**

**orzeka:**

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze w obydwu sprawach.**
- 2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz:**
  - 2.1. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – 1) „OMEGA” Zakładu Sieci Wodno-Kanalizacyjnych I..... I..... z Rudy Śląskiej (pełnomocnik wykonawców), 2) „OMEGA 1” Zakładu Sieci Wodno-Kanalizacyjnych S..... z Lipnika, 3) „OMEGA 2” Zakładu Sieci Wodno-Kanalizacyjnych I..... I.....-K..... z Rudy Śląskiej, 4) „OMEGA 3” Zakładu Sieci Wodno-Kanalizacyjnych A..... S..... z Lipnika – kwoty 20000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez tego odwołującego tytułem wpisu od odwołania.**

**Sygn. akt: KIO 880/14  
KIO 881/14**

**2.2. Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych INKOP sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** kwoty **20000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez tego 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 **Krakowie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji S.A. z siedzibą w Krakowie – prowadzi 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”}, w celu zawarcia umowy ramowej, postępowanie pn. *Sukcesywna budowa sieci kanalizacyjnych w Krakowie w ciągu 24 miesięcy* (nr postępowania 49/PO-9/2014). Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2014/S\_35-57997 z 19 lutego 2014 r. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

5 maja 2014 r. Odwołujący – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – 1) „OMEGA” Zakład Sieci Wodno-Kanalizacyjnych I..... I..... z Rudy Śląskiej (pełnomocnik wykonawców), 2) „OMEGA 1” Zakład Sieci Wodno-Kanalizacyjnych S..... I..... z Lipnika, 3) „OMEGA 2” Zakład Sieci Wodno-Kanalizacyjnych I..... I.....-K..... z Rudy Śląskiej, 4) „OMEGA 3” Zakład Sieci Wodno-Kanalizacyjnych A..... S..... z Lipnika {wykonawcy zwani również dalej w skrócie „Konsorcjum Omega”} – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {zarzuty}:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego.
2. Art. 7 ust. 1, 2 i 3 – w związku z odrzuceniem oferty Odwołującego.
3. Art. 91 ust. 1 – w związku z niedokonaniem wyboru ofert na podstawie kryteriów zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej zwanej w skrócie „s.i.w.z.” lub „SIWZ”}.
4. Art. 29 ust. 1 i 2 – w związku z *nieopisaniem w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty i wyciąganie na podstawie tych nieprecyzyjnych zapisów konsekwencji wobec wykonawców, w tym Odwołującego.*
5. Art. 7 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 38 ust. 4 – w związku z odrzuceniem oferty Odwołującego, *które nastąpiło w związku z udzieleniem niejednoznacznej i warunkowej odpowiedzi na pytania Wykonawców z dnia 23.04.2014 r. nr NUP/AŁ/PO-9/190/2014 oraz w z związku z wyciąganiem na podstawie tychże wyjaśnień konsekwencji wobec Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2., podczas gdy Zamawiający oświadczył, że udziela*

*odpowiedzi na pytanie na podstawie art. 38 ust. 2, co nie prowadziło do zmiany treści SIWZ.*

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu {żądanja}:

1. Unieważnienia czynności wyboru ofert z 30 kwietnia 2014 r.
2. Unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego z 30 kwietnia 2014 r.
3. Dokonania powtórnej oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.
4. Uznania za prawidłową i zgodną z SIWZ oraz warunkami postępowania oferty Odwołującego.
5. Dokonania ponownego wyboru ofert, w tym wyboru oferty Odwołującego jako jednej z najkorzystniejszych w postępowaniu.

Albo – w przypadku potwierdzenia, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego:

6. Unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 7, w związku z faktem, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, co nastąpiło poprzez nieprecyzyjne określenia użyte w SIWZ, na podstawie których złożono *różne i zupełnie inne oferty* (oferty z niższymi stawkami roboczogodziny, których składanie dopuszczono na podstawie zapisów SIWZ i wyjaśnień).

5 maja 2014 r. Odwołujący – Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych INKOP sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie {spółka zwana również dalej w skrócie „Inkop”} – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {zarzuty}:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez przyjęcie, że oferta Odwołującego jest sprzeczna z treścią SIWZ i powinna zostać odrzucona na podstawie wskazanego przepisu.
2. Art. 7 – przez dokonanie wykładni niejednoznacznych postanowień SIWZ na niekorzyść Odwołującego.
3. Art. 91 ust. 1 – przez niewybranie oferty Odwołującego jako oferty jednej z najkorzystniejszych.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu {żądanja}:

1. Unieważnienia czynności oceny i wyboru ofert z 30 kwietnia 2014 r.

2. Unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego.
3. Dokonania powtórnej oceny ofert i uznania oferty Odwołującego za złożoną zgodnie z przepisami prawa i SIWZ.

W uzasadnieniach obydwu odwołań podniesiono w szczególności następujące okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające podniesione zarzuty.

Zamawiający podał Odwołującym analogiczne uzasadnienie odrzucenia ich ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp – w pkt XX ust. 2 ad 1 SIWZ (ze zmianą wprowadzoną 23 kwietnia 2014 r.) jest zapisane, że *minimalna stawka roboczogodziny nie powinna odbiegać od minimalnej stawki podanej w cenniku Sekocenbud za I kwartał 2014 r. w skali kraju dla robót inżynieryjnych, oraz że oferty zawierające stawkę roboczogodziny nie mieszczącą się w powyższym zakresie zostaną odrzucone na o odstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy*. Minimalna stawka roboczogodziny wg Sekocenbud wynosi 9.00 zł a w ofercie jest stawka 7,80 zł/godz. {Konsorcjum Omega} albo stawka 8,50 zł/godz. {Inkop}, co nie mieści się w podanym zakresie.

W obydwu odwołaniach zacytowano następujące postanowienia pkt XX ust. 2 ad 1) s.i.w.z. w pierwotnym brzmieniu, dotyczące kryterium oceny ofert *Oferowana cena – stawka roboczogodziny – „Rg” (zł/godz): Przy ocenie oferty w tym kryterium brana będzie pod uwagę stawka roboczogodziny brutto (wartość zł/godz.). Minimalna stawka roboczogodziny nie powinna odbiegać od minimalnej stawki podanej w cenniku Sekocenbud za 1 kwartał 2014 r. w skali kraju dla robót inżynieryjnych. Maksymalna stawka nie może być wyższa niż maksymalna stawka podana w cenniku Sekocenbud za I kwartał 2014 r. w skali kraju dla robót inżynieryjnych.*

W ocenie Odwołujących o ile górny przedział zakresu stawki w ofercie został jednoznacznie określony (maksymalna stawka nie może być wyższa niż maksymalna stawka cennika Sekocenbud), o tyle nie doszło do precyzyjnego określenia dolnego zakresu oferowanej stawki, gdyż zostało użyte odmienne sformułowanie *nie powinna odbiegać*, które może być różnie rozumiane.

Odwołujący przywołali również zmianę s.i.w.z., którą Zamawiający wprowadził 16 kwietnia 2014 r. w ust. 3 pkt XIII *Obliczenie ceny ofertowej*, który otrzymał następujące brzmienie: *Nośniki cenotwórcze podane w ofercie będą nośnikami maksymalnymi stosowanymi do rozliczania wszystkich umów definitywnych na konkretne zamówienia zawieranych na podstawie umowy ramowej. Każdy wykonawca przy składaniu oferty na konkretne zamówienie może podać niższe wartości.*

Odwołujący zwrócili uwagę na fakt, że skoro Zamawiający oczekuje przy udzielaniu poszczególnych zamówień na obniżenie stawek przez konkurujących ze sobą wykonawców,

nie ma uzasadnienia dla ustalania sztywnej dolnej granicy oferowanych stawek. Odwołujący Konsorcjum Omega wskazał dodatkowo, że biorąc pod uwagę złożone oferty, w przypadku co najmniej 6 ofert składanych na dalszym etapie Zamawiający uzyska stawki niższe niż 9,00 zł netto za roboczogodzinę.

Odwołujący zrelacjonowali dalej, że w piśmie z 23 kwietnia 2014. Zamawiający udzielił następujących wyjaśnień treści s.i.w.z. Pytanie wykonawcy brzmiało: *Zamawiający w SIWZ w pkt XX ust. 2 ad 2), ad 3) i ad 4) (str. 14) zamieścił zapis, iż podanie w ofercie wskaźników niezgodnych z zapisami SIWZ (nie mieszczących się w podanych przedziałach) skutkuje odrzuceniem oferty. Dla wskaźnika „Rg” zamawiający również określił przedział, w którym ma się on mieścić. Brak jest jednak zapisu, że niezastosowanie się do tego przedziału skutkować będzie odrzuceniem oferty. Prosimy o wyjaśnienie, czy podanie wskaźnika „Rg” w wysokości niższej lub wyższej niż podany w SIWZ przedział będzie powodować jakiegokolwiek konsekwencje dla wykonawcy.* Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: *Zamawiający wprowadza zmianę w SIWZ pkt XX ust. 2 ad. 1) – w tekście pod wzorem na obliczanie punktów dodaje się ostatnie zdanie o treści: „Oferty zawierające stawkę roboczogodziny nie mieszczącą się w powyższym zakresie zostaną odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy (pkt XIX. 1.2 SIWZ), ponieważ ich treść nie będzie odpowiadać treści specyfikacji”.*

W opinii Odwołujących Zamawiający, jeżeli nawet uznać powyższe za zmianę s.i.w.z., Zamawiający wprowadził rygor odrzucenia oferty dla kryterium, które nie zostało przez niego w sposób jasny zdefiniowane. Nadal nie zostało bowiem wyjaśnione ani uściślone co należy rozumieć przez sformułowanie *nie powinna odbiegać*, w szczególności nie zostało ono zastąpione jednoznacznym sformułowaniem *nie może być niższa niż*.

Odwołujący zgodnie podnieśli, że nie mogą ponosić konsekwencji niejednoznacznie sformułowanych postanowień SIWZ.

Pismem z 9 maja 2014 r. przesłanym do Izby Zamawiający poinformował, że kopie obydwu odwołań przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu 7 maja 2014 r. drogą elektroniczną, a następnie 8 maja 2014 r. wysłał listem.

Izba ustaliła, że do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w którejkolwiek ze spraw.

13 maja 2014 r. wpłynęła do Prezesa Izby odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający oświadczył, że postanowił uwzględnić w całości zarzuty podniesione w odwołaniach wniesionych 5 maja 2014 r. przez Konsorcjum Omega (KIO 880/14) i Inkop (KIO 881/14).

Zamawiający dodał, że w związku z uwzględnieniem odwołań na dodatkowym posiedzeniu komisji przetargowej 12 maja 2014 r. przeprowadził ponowną ocenę wszystkich złożonych ofert (z uwzględnieniem ofert Odwołujących).

**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 wyraził w piśmie z 13 maja 2014 r. w sposób niebudzący wątpliwości wolę uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w obydwóch odwołaniach. Izba zważyła, że dla wywarcia skutku 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.

Wobec stwierdzenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w obydwu odwołaniach, a żaden wykonawca nie zgłosił po jego stronie przystąpienia do postępowania odwoławczego w którejkolwiek z rozpatrywanych spraw, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 2 w zw. z art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze w obydwu sprawach na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron.

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 Odwołujących zwrotu kwot uiszczonych tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 6 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: .....**