

Sygn. akt: KIO 1894/12

KIO 1905/12

KIO 1911/12

POSTANOWIENIE

z dnia 19 września 2012 roku

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie

Przewodniczący: **Justyna Tomkowska**

Protokolant: **Radosław Cwyl**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 19 września 2012 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 września 2012 roku przez **Odwołujących się**:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm – Przedsiębiorstwo Budowlane Inter-System S.A. z siedzibą we Wrocławiu (Lider konsorcjum) oraz „AKME” Z..... W..... Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (Partner konsorcjum);**
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm – Aldesa Construcciones S.A. z siedzibą w Madrycie w Hiszpanii (Lider konsorcjum) oraz Aldesa Nowa Energia Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (Partner konsorcjum)**
- C. Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „WROBIS” S.A. z siedzibą we Wrocławiu**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, którym jest **Ogólnokształcąca Szkoła Muzyczna I i II stopnia im. Karola Szymanowskiego we Wrocławiu, w imieniu której działa Wrocławskie Biuro Inwestorskie Wrocławskiego Oddziału PZITB Sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „WROBIS” S.A. z siedzibą we Wrocławiu**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 1894/12;
- B. wykonawcy **Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „WROBIS” S.A. z siedzibą we Wrocławiu**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 1905/12;
- C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm – **Aldesa Construcciones S.A. z siedzibą w Madrycie w Hiszpanii (Lider konsorcjum)** oraz **Aldesa Nowa Energia Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (Partner konsorcjum)**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 1911/12;

postanawia:

- 1. **umorzyć postępowania odwoławcze;**
- 2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty
 - A. **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej kwotę uiszczonego wpisu na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm – Przedsiębiorstwo Budowlane Inter-System S.A. z siedzibą we Wrocławiu (Lider konsorcjum)** oraz **„AKME” Z..... W..... Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (Partner konsorcjum)** w sprawie o sygn. akt KIO 1894/12;
 - B. **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej kwotę uiszczonego wpisu na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm – Aldesa Construcciones S.A. z siedzibą w Madrycie w Hiszpanii (Lider konsorcjum)** oraz **Aldesa Nowa Energia Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (Partner konsorcjum)** w sprawie o sygn. akt KIO 1905/12;
 - C. **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej kwotę uiszczonego wpisu na rzecz **wykonawcy Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „WROBIS” S.A. z siedzibą we Wrocławiu** w sprawie o sygn. akt KIO 1911/12.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zmianami), na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

sygn. akt KIO 1894/12

KIO 1905/12

KIO 1911/12

Uzasadnienie

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że postępowanie wszczęto poprzez opublikowanie ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 3 lipca 2012 roku (nr ogłoszenia 2012/S 125-206790).

Postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego prowadzi **Zamawiający** Ogólnokształcąca Szkoła Muzyczna I i II stopnia im. Karola Szymanowskiego, w imieniu i na rzecz, którego działa: Wrocławskie Biuro Inwestorskie Wrocławskiego Oddziału PZITB Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu.

Postępowanie dotyczy zamówienia pn.: „Budowa nowego budynku Ogólnokształcącej Szkoły Muzycznej I i II stopnia im. Karola Szymanowskiego we Wrocławiu”.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że do przedmiotowego odwołania zastosowanie znajdują przepisy *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) oraz *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań* (Dz. U. Nr 48, poz. 280).

W dniu 7 września 2012 roku (pismem z dnia 6 września 2012 r.) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 179 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) (zwanej dalej „ustawą Pzp”), odwołanie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – **konsorcjum firm - Przedsiębiorstwo Budowlane Inter-System S.A. z siedzibą we Wrocławiu - Lider konsorcjum oraz „AKME” Z..... W..... Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu - Partner konsorcjum (sprawa o sygn. akt KIO 1894/12).**

Zamawiający, zdaniem Odwołującego, naruszył następujące przepisy:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechania czynności wykluczenia wykonawcy Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „WROBIS” S.A. i zaniechania wykluczenia i odrzucenia oferty wybranej jako najkorzystniejsza, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania.
- 2) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechania czynności odrzucenia oferty wykonawcy Wrocławskie Przedsiębiorstwo

Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „WROBIS” S.A. i zaniechania wykluczenia i odrzucenia oferty wybranej jako najkorzystniejsza, która podlega odrzuceniu jako że jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej zwanej SIWZ).

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) wykluczenie wykonawcy Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „WROBIS” S.A. i zaniechania wykluczenia i odrzucenia oferty wybranej jako najkorzystniejsza na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp,
- 3) odrzucenie oferty Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „WROBIS” S.A. i zaniechania wykluczenia i odrzucenia oferty wybranej jako najkorzystniejsza na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,
- 4) wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Izba ustaliła, że w przedmiotowej sprawie po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „WROBIS” S.A. z siedzibą we Wrocławiu** czyniąc zadość wszystkim formalnym przesłankom pozwalającym stwierdzić skuteczność przystąpienia.

W dniu 7 września 2012 roku do Prezesa Krajowej izby Odwoławczej odwołanie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm - **Aldesa Construcciones S.A. z siedzibą w Madrycie, Hiszpania oraz Aldesa Nowa Energia Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (sprawa o sygn. akt KIO 1905/12).**

Odwołanie wniesiono od czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego, która to czynność została podjęta w sposób naruszający art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 87 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz od zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez niezasadne odrzucenie jego oferty,
2. naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie,
3. naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób nie zachowujący równego traktowania wykonawców, utrudniający uczciwą konkurencję, w szczególności poprzez odrzucenie oferty Odwołującego przy jednoczesnym dokonaniu wyboru oferty, która zawiera analogiczne nieścisłości, jak oferta Odwołującego.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, uznania, że treść oferty Odwołującego jest zgodna z treścią Specyfikacji

Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Izba ustaliła, że w przedmiotowej sprawie po stronie Zamawiającego skutecznie zgłosił przystąpienie wykonawca **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „WROBIS” S.A. z siedzibą we Wrocławiu** czyniąc zadość wszystkim formalnym przesłankom pozwalającym stwierdzić skuteczność przystąpienia.

Skład orzekający Izby nie dopuścił jako Przystępującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm - **Przedsiębiorstwo Budowlane Inter-System S.A. z siedzibą we Wrocławiu (Lider konsorcjum) oraz „AKME” Z..... W..... Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (Partner konsorcjum)**, z uwagi na oświadczenie Odwołującego o nieotrzymaniu kopii zgłoszenia przystąpienia i nieprzedstawienie przez zgłaszającego przystąpienie dowodu przekazania kopii Odwołującemu. W ocenie składu orzekającego Izby, zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp przesłankami niezbędnymi do uznania zgłoszenia przystąpienia za skuteczne są zgłoszenie w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazanie strony, do której się przystępuje i interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść tej strony oraz doręczenie zgłoszenia Prezesowi Izby w formie pisemnej, a także przesłanie kopii Zamawiającemu i wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Wobec nieprzedstawienia dowodu na przesłanie kopii Odwołującemu, zgłoszenie nie mogło zostać uznane za skuteczne.

W dniu 7 września 2012 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wniósł wykonawca, którego oferta uznana została za najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu, mianowicie **Odwołujący Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 Wrobis S.A. z siedzibą we Wrocławiu.**

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 poprzez nie wykluczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie-Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Budowlane Inter-System S.A.- Lider Konsorcjum oraz „AKME” Z..... W.....- Partner Konsorcjum (zwane dalej Konsorcjum Inter-System) mimo, iż złożyło on nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.
- 2) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty Konsorcjum Inter-System pomimo, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ.
- 3) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez niewezwanie wykonawcy Konsorcjum firm Aldesa Construcciones S.A., Aldesa Nowa Energia Sp. z o.o. (zwane dalej Konsorcjum Aldesa) do uzupełnienia oferty pomimo, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert,
- 2) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 3) nakazanie Zamawiającemu wykluczenia wykonawcy - Konsorcjum Inter-System z postępowania o udzielenie zamówienia,
- 4) zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego od Zamawiającego na rzecz Odwołującego według norm prawem przepisanych.

Izba ustaliła, że w przedmiotowej sprawie po stronie Zamawiającego skutecznie zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm – **Aldesa Construcciones S.A. z siedzibą w Madrycie w Hiszpanii (Lider konsorcjum) oraz Aldesa Nowa Energia Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (Partner konsorcjum)** czyniąc zadość wszystkim formalnym przesłankom pozwalającym stwierdzić skuteczność przystąpienia.

Skład orzekający Izby nie dopuścił jako Przystępującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm - **Przedsiębiorstwo Budowlane Inter-System S.A. z siedzibą we Wrocławiu (Lider konsorcjum) oraz „AKME” Z..... W..... Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (Partner konsorcjum)**, z uwagi na oświadczenie Odwołującego o nieotrzymaniu kopii zgłoszenia przystąpienia i nieprzedstawienie przez zgłaszającego przystąpienie dowodu przekazania kopii Odwołującemu. W ocenie składu orzekającego Izby, zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp przesłankami niezbędnymi do uznania zgłoszenia przystąpienia za skuteczne są zgłoszenie w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazanie strony, do której się przystępuje i interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść tej strony oraz doręczenie zgłoszenia Prezesowi Izby w formie pisemnej, a także przesłanie kopii Zamawiającemu i wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Wobec nieprzedstawienia dowodu na przesłanie kopii Odwołującemu, zgłoszenie nie mogło zostać uznane za skuteczne.

W dniu 17 września 2012 roku Zamawiający na podstawie art. 186 ust. 1 w związku z art. 186 ust. 2 ustawy Pzp uwzględnił w całości wszystkie trzy odwołania i zarzuty zawarte w tych odwołaniach, wskazując, że przystąpi do powtórnej oceny ofert. Jednocześnie Zamawiający stwierdził, że choć jest każdorazowo uprawniony do samodzielnej konwalidacji dokonanych przez siebie czynności w związku z wniesieniem odwołania, to czynności powtórzone winny być zgodne z przepisami ustawy i względem tych przepisów oceniane. Przy czym Zamawiający nie uznaje, iż uwzględniając odwołanie ma obowiązek wykonywać czynności sprzeczne z prawem. Uwzględnienie podpisał w imieniu Inwestora zastępczego – T..... N.....

W toku posiedzenia przez Krajową Izbą Odwoławczą wykonawcy skutecznie dopuszczeni jako Przystępujący w poszczególnych sprawach złożyli oświadczenia o niezgłaszaniu sprzeciwu.

Zgodnie z art. 186 ust. 3 ustawy Pzp, w przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie Zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez Zamawiającego. 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 przystąpili skutecznie wykonawcy, którzy w toku posiedzenia złożyli oświadczenia o niewnoszeniu sprzeciwu.

A zatem, w sytuacji umorzenia postępowania w związku z uwzględnieniem zarzutów, ustawodawca nałożył na Zamawiającego obowiązek wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Zamawiający zatem zobowiązany jest do dokonania czynności, w taki sposób, który uczyni zadość postulatom postawionym w odwołaniu.

Skoro Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że po przeanalizowaniu stanowiska Odwołujących uznał słuszność argumentacji Odwołujących i uwzględnił wszystkie odwołania, to stwierdzić należy, że Zamawiający uznał zarzuty Odwołujących.

Zatem mając na uwadze, że:

1. Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniach,
2. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił skutecznie wykonawcy, którzy nie wnieśli sprzeciwu,

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 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty wpisów uiszczonych przez poszczególnych Odwołujących na rachunek Urzędu Zamówień

Publicznych, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 2a 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:

.....