

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 20 lipca 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś**

**Protokolant: Natalia Dominiak**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 20 lipca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 lipca 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Energy Investors Group S.A. i Energy Investors sp. z o.o. z siedzibami w Warszawie, Al. Szucha 8/IV p., 00-582 Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Izba Skarbowa we Wrocławiu, ul. Powstańców Śląskich 24,26, 53-333 Wrocław**

przy udziale wykonawcy: **Berger Bau Polska Sp. z o.o., ul. Szczecińska 11, 54-517 Wrocław**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**postanawia:**

**1) umarza postępowanie odwoławcze;**

2) koszty postępowania odwoławczego wzajemnie znosi;

3) nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Energy Investors Group S.A. i Energy Investors sp. z o.o. z siedzibami w Warszawie, Al. Szucha 8/IV p., 00-582 Warszawa** kwoty **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej tytułem wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013, poz. 907, z późn. zm.) na postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **we Wrocławiu**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający - Izba Skarbowa we Wrocławiu - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie robót budowlanych pn. „Budowa budynku biurowego z przeznaczeniem na siedzibę Urzędu Skarbowego w Jeleniej Górze”, na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej w skrócie „Pzp”, „ustawą” lub „ustawą Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 21.05.2015 r., pozycja 119902.

Zamawiający zawiadomił pismem z dnia 3 lipca 2015 r. wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, złożonej przez wykonawcę Berger Bau Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu oraz o wykluczeniu z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Energy Investors Group S.A. i Energy Investors sp. z o.o. z siedzibami w Warszawie (konsorcjum), zwanych dalej „odwołującym” i o odrzuceniu ich oferty, jako złożonej przez wykonawców wykluczonych z postępowania.

Odwołujący wniósł, na podstawie art. 180 ust. 1, ust. 2 pkt 3 i 4 oraz art. 182 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 179 Pzp, odwołanie od czynności Zamawiającego, przekazując Zamawiającemu kopię odwołania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów Pzp i wykonawczych do ustawy:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 przez niezasadne wykluczenie Odwołującego z postępowania z uwagi na bezpodstawne uznanie, że Odwołujący nie spełnia warunków wskazanych w SIWZ,
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 2 przez niezasadne wykluczenie Odwołującego z postępowania z uwagi na bezpodstawne uznanie, że Odwołujący nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert,
- 3) art. 26 ust. 3 i 4 przez jego niezastosowanie i niewezwanie Odwołującego do uzupełnienia brakujących dokumentów lub złożenia wyjaśnień w przypadkach wskazanych w uzasadnieniu;
- 4) § 1 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form,

w jakich te dokumenty mogą być składane, zwanego w skrócie „rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów”, przez jego niezastosowanie i niewezwanie właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane były wykonane, do przedłożenia dodatkowych informacji lub dokumentów bezpośrednio zamawiającemu;

5) art. 26 ust. 4 w zw. z art. 25 ust. 1 i art. 44 Pzp oraz § 1 ust. 5 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający przyjęte zasady wyjaśniania wątpliwości w złożonych przez Odwołującego oświadczeniach i dokumentach, a w konsekwencji udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp, w szczególności przez dokonanie oceny spełniania przez Odwołującego warunku nr 2 - posiadanie wiedzy i doświadczenia:

- wyłącznie w oparciu o dokumentację niewskazaną w SIWZ, tj. „*kserokopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem dokumentacji projektu wykonawczego zawierającej informacje o instalacjach niskoprądowych w tym komputerowych PEL (opis i rysunki)*”,
- na dokumentacji, która została uzyskana przez Zamawiającego niezgodnie z przepisami określonymi w Pzp,
- na dokumentacji, która nie odzwierciedla rzeczywistego stanu rzeczy, co nie mogło zostać przez Odwołującego wykazane wobec braku przedstawienia Odwołującemu wątpliwości Zamawiającego dotyczących ilości punktów (PEL);

6) art. 7 ust. 1 i 3 przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający obowiązek zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców, a w konsekwencji udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy, w szczególności przez ocenę spełniania przez Odwołującego warunku nr 2 - posiadanie wiedzy i doświadczenia:

- na dokumentacji niewskazanej w SIWZ (przywołanej w punkcie 5, tiret pierwsze), niepełnej i zażądaney przez Zamawiającego jedynie od Odwołującego, bez jednoczesnego wskazania wątpliwości, które Zamawiający chciał rozwiązać przez analizę tej dokumentacji;
- dokonanie błędnej i niekorzystnej dla Odwołującego wykładni treści gwarancji ubezpieczeniowej nr 1502/Wr/1744/2015 oraz gwarancji nr 1502/Wr/1745/2015;

7) art. 89 ust. 1 pkt 5 przez jego błędne zastosowanie, tj. odrzucenie oferty Odwołującego.

Wskazując na powyższe, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty;

- 3) dokonania ponownego badania i oceny ofert, w ramach którego zostanie dokonane wezwanie Odwołującego do uzupełnienia brakujących dokumentów oraz złożenia wyjaśnień, w zakresie wskazanym w uzasadnieniu odwołania, ewentualnie nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
- 4) dopuszczenia Odwołującego do udziału w postępowaniu;
- 5) dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Ponadto, Odwołujący wniósł o:

- 1) przeprowadzenie dowodu z całości dokumentacji postępowania na okoliczność jej treści oraz wszystkich okoliczności istotnych dla sprawy, w szczególności wskazanych w treści odwołania oraz dowodów załączonych do odwołania na okoliczność ich treści oraz wszystkich okoliczności istotnych dla sprawy;
- 2) dopuszczenie dowodów, na podstawie art. 190 ust. 3 Pzp, z zeznań świadków:
  - M. Z. - prokurenta spółki Hermes sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, podmiotu, na rzecz którego Odwołujący wykonywał roboty budowlane w ramach prowadzonej inwestycji pn. *„Budowa budynku hotelowego z zapleczem handlowo- usługowym i infrastrukturą techniczną w Brzegu przy ul. Wrocławskiej, na dz. Nr ewid. 1000”*,
  - M. P. - pełniącego funkcję kierownika robót elektrycznych na wskazanej wyżej inwestycji,
  - J. W. - pełniącego funkcję projektanta branży elektrycznej na wskazanej wyżej inwestycji
    - na wszystkie okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania, a w szczególności na okoliczność wykonania przez Odwołującego w ramach tej inwestycji, punktów elektryczno-logicznych (PEL) w ilości 158 szt. (świadkowie zostaną poinformowani przez Odwołującego o terminie rozprawy);
- 3) dopuszczenie, na podstawie art. 190 ust. 3 Pzp, dowodu z opinii biegłego na okoliczność ustalenia w drodze oględzin i na podstawie dokumentacji powykonawczej, ilości punktów elektryczno-logistycznych (PEL) w ramach w skazanej inwestycji (wniosek dowodowy składany z ostrożności procesowej, na wypadek wątpliwości KIO, co do wskazanej okoliczności po przeprowadzeniu postępowania dowodowego z dokumentów i zeznań świadków);
- 4) dopuszczenie dowodu z przesłuchania strony Odwołującej, w imieniu której będzie zeznawał T. M. - wiceprezes zarządu na wszystkie okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania, a w szczególności na okoliczność wykonania przez Odwołującego w ramach przywołanej wyżej inwestycji, punktów elektryczno-logicznych (PEL) w ilości 158 szt.;

- 5) wyznaczenie rozprawy w dniu 22 lipca 2015 r. lub jeżeli nie będzie to możliwe w dniu 23 lipca 2015 r., jednakże wyłącznie po godzinie 15:00. Uzasadniając wniosek Odwołujący podniósł, że w dniu 23 lipca 2015 r. osoby uprawnione do reprezentacji Odwołującego nie będą mogły wziąć udziału w rozprawie wyznaczonej przed godziną 15:00, z uwagi na konieczność ich udziału w innej rozprawie przed Sądem Apelacyjnym w Białymstoku. Z kolei powołany w odwołaniu świadek – M. Z. - w dniach 14 - 21 lipca 2015 r. przebywa poza granicami kraju i nie będzie mógł wziąć udziału w rozprawie wyznaczonej w tym terminie;
- 6) zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego w wysokości 3 600 zł i zwrotu kosztów dojazdu.

Zamawiający przesłał kopię odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia w dniu 9 lipca 2015 r., wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Wykonawca Berger Bau Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu zgłosił w dniu 13 lipca 2015 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Zamawiający przekazał Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lipca 2015 r. faksem i w dniu 17 lipca 2015 r. wniósł pismo datowane 15 lipca 2015 r. - pn. „Pismo Procesowe Zamawiającego”, w którym oświadczył, że uznaje w całości złożone w sprawie odwołanie za zasadne, z uwagi na fakt, iż w sprawie wystąpiły przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych przemawiające za unieważnieniem przedmiotowego postępowania o zamówienie publiczne.

W dniu 17 lipca 2015 r. zamawiający wniósł do Prezesa KIO następne pismo z dnia 15 lipca 2015 r., w którym zamieścił informację, że wykonawca Skanska S.A. zawiadomił zamawiającego o dokonaniu czynności w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia niezgodnej z przepisami Pzp. Zamawiający uznał zasadność zarzutów i stwierdził istnienie konieczności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, na podstawie art. 93 ust.1 pkt 7 Pzp. Do pisma wniesionego do Prezesa KIO, Zamawiający załączył kserokopię zawiadomienia wykonawcy.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyznaczonym w dniu 20 lipca 2015 r., pełnomocnik Zamawiającego złożył następne pismo z dnia 15 lipca 2015 r. o treści niemal tożsamej z treścią pisma wniesionego w dniu 17 lipca 2015 r., dotyczącego zawiadomienia wykonawcy Skanska S.A., z tą różnicą w stosunku do pisma wniesionego w dniu 17 lipca 2015 r., że po pierwszym akapicie pisma,

zamawiający dodał drugi jednozdaniowy akapit, odnoszący się do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia.

W toku posiedzenia Izby ustalono, że oświadczenie zamawiającego o uznaniu odwołania za zasadne, zostało przekazane wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Wykonawca Berger Bau Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego - wobec skutecznego przystąpienia: w zakresie terminu i formy zgłoszenia przystąpienia, wykazania interesu w przystąpieniu po stronie zamawiającego (uzyskanie rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego), przesyłania kopii zgłoszenia Zamawiającemu i Odwołującemu i braku opozycji przeciw przystąpieniu - stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 185 ust. 3 Pzp.

Uczestnik postępowania, zawiadomiony o terminie i miejscu posiedzenia Izby w sprawie rozpoznania odwołania, nie stawił się na posiedzeniu, rezygnując tym samym z uczestniczenia w postępowaniu odwoławczym i ewentualnego wniesienia sprzeciwu, co do uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

**Krajowa Izba Odwoławcza**, uznała, że Zamawiający składając oświadczenie o uznaniu w całości złożonego w sprawie odwołania za zasadne oraz konkretyzując swoje stanowisko w toku posiedzenia Izby, co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu i jednocześnie wnosząc o nieobciążanie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego ze względu na uznanie odwołania za zasadne przed otwarciem rozprawy, uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, w rozumieniu przepisów art. 186 ust. 2 i 3 Pzp.

Wynikający z pism Zamawiającego wątek związany z informacją wykonawcy Skanska S.A. złożoną zamawiającemu w trybie art. 181 ust. 1 Pzp i czynność Zamawiającego uznania zasadności tej informacji w trybie ust. 2 wskazanego przepisu, nie podlega ocenie Izby w związku z rozpoznaniem odwołania wyłącznie w granicach przedstawionych w nim zarzutów.

Wykonawca Skanska S.A. nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego i treść jego informacji o czynności Zamawiającego niezgodnej z przepisami ustawy, nie dotyczy zakresu wskazanego w odwołaniu.

Na dzień posiedzenia Izby, okoliczności stanowiące stan faktyczny postępowania

o udzielenie zamówienia wskazany w odwołaniu, pozostał niezmieniony.

Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu. Uwzględnienie zarzutów, przy akceptacji odwołującego i braku sprzeciwu wykonawcy Berger Bau Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, nie budziło wątpliwości, zatem Izba umorzyła postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym, na podstawie przepisu art. 186 ust. 3 Pzp.

W takiej sytuacji, zamawiający jest zobowiązany do dokonania czynności zgodnie z treścią wskazanego przepisu.

Wykonanie, powtórzenie lub unieważnienie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu - jak wielokrotnie podkreślano w orzecznictwie Izby - nie może prowadzić do naruszenia przepisów Pzp, Zamawiający dokonuje czynności w granicach określonych w ustawie.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła przepisy art. 186 ust. 6 pkt 2 lit. b Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 2 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) i nakazała dokonanie zwrotu Odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

**Przewodniczący: .....**