

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 6 sierpnia 2010r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Agnieszka Bartczak-Żuraw**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu **6 sierpnia 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **23 lipca 2010 r.** przez **DOMI POLSKA Sp. z o.o., 59-400 Jawor, ul. Kuziennicza 10B,** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Powiat Świdnicki, 58-100 Świdnica, ul. M Skłodowskiej - Curie 7,** którego przedmiotem jest budowa sali gimnastycznej przy budynku Zespołu Szkół Ekonomicznych w Świdnicy przy ul. Pionierów Ziemi Świdnickiej 10,

**postanawia:**

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze;**
- 2. znieść wzajemnie koszty postępowania odwoławczego między stronami;**
- 3. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego DOMI POLSKA Sp. z o.o., 59-400 Jawor, ul. Kuziennicza 10B, kwoty 10.000,00 zł (słownie: dziesięciu tysięcy złotych, zero groszy), stanowiącej uiszczony przez Odwołującego wpis.**

Stosownie do treści art. 198 a i art. 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Świdnicy.**

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający - Powiat Świdnicki, 58-100 Świdnica, ul. M Skłodowskiej - Curie 7- prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759) (dalej ustawa Pzp), którego przedmiotem jest budowa sali gimnastycznej przy budynku Zespołu Szkół Ekonomicznych w Świdnicy przy ul. Pionierów Ziemi Świdnickiej 10. Wartość przedmiotowego zamówienia na roboty budowlane oszacowano na kwotę nieprzekraczającą wyrażonej w złotych równowartości kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp (w aktach sprawy).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych dnia 10 czerwca 2010 r. pod pozycją 150147-2010.

W dniu 23 lipca 2010 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez DOMI POLSKA Sp. z o.o., 59-400 Jawor, ul. Kuziennicza 10B, w zakresie wykluczenia tego wykonawcy z udziału w postępowaniu. Zgodnie z treścią informacji przekazanej Odwołującemu dnia 20 lipca 2010 r. (droga faxowa) Zamawiający wykluczył Odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, ponieważ nie zostało potwierdzone, że Odwołujący dysponuje osobą Pana Bogusława U. W uzupełnionym wykazie osób w kolumnie podstawa dysponowania osobą wpisano „umowa zlecenie”, a nie przedstawiono w uzupełnieniu do złożonej oferty pisemnego zobowiązania podmiotu o udostępnieniu osoby Pana Bogusława U do wykonania zamówienia przez okres jego realizacji. Odwołujący zarzucał Zamawiającemu niezasadność wykluczenia i naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, ponieważ, w jego ocenie, wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący podnosił, że możliwość żądania przez Zamawiającego od wykonawcy - na zasadzie § 1 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), przedstawienia dokumentów wymienionych w § 2 ww. rozporządzenia odnoszących się do podmiotów trzecich, na których osobach (zasobach osobowych) wykonawca polega w celu

wykazania spełniania warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, dotyczy wyłącznie tych przypadków, gdy osoby te pozostają w dyspozycji tych podmiotów trzecich, a nie w dyspozycji samego wykonawcy (dysponowanie pośrednie), a podmioty te będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia. Przepis ten nie znajduje natomiast zastosowania do przypadków, gdy wykonawca bezpośrednio dysponuje takimi osobami, o czym rozstrzyga treść stosunku prawnego istniejącego pomiędzy wykonawcą a takimi osobami, niezależnie od charakteru prawnego takiego stosunku, jak też w sytuacji, gdy wykonawca powołuje się na dysponowanie osobami podmiotów trzecich (dysponowanie pośrednie), które to podmioty nie będą brały udziału w realizacji zamówienia. Odwołujący wskazywał, że z Panem Bogusławem U łączy go umowa zlecenie z osobą fizyczną, a zatem należy przyjąć, że dysponuje jego osobą bezpośrednio. Tym samym nie było konieczności przedstawiania pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego o udostępnieniu osoby Pana Bogusława U do wykonania zamówienia przez okres jego realizacji. Stanowisko Zamawiającego było zatem niezasadne. Odwołujący żądał uchylecia czynności wykluczenia Odwołującego, ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W dniu 23 lipca 2010 r. Zamawiający wezwał do udziału w postępowaniu odwoławczym w trybie art. 185 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Izba ustaliła, że ani w ustawowym terminie 3 dni, tj. do dnia 26 lipca 2010 r. ani do dnia wydania niniejszego postanowienia nikt nie przystąpił do postępowania odwoławczego po żadnej ze stron.

W dniu 29 lipca 2010 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła faxem (dnia 2 sierpnia 2010 r. także pocztą) odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający oświadczył, że po otrzymaniu kopii odwołania oraz powołując się na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO/1125/10 z dnia 21 czerwca 2010 r. i KIO/1104/10 z dnia 28 czerwca 2010 r. komisja przetargowa przywróciła ofertę Odwołującego i dokonała ponownego badania i oceny ofert. Po ponownym badaniu ofert wybrana została oferta konsorcjum SIRBUD-MINARI S.A. i Centrum Budowlane SIRBUD Daniel Sip, Dorota Barańska Sp.j. z Wałbrzycha, najkorzystniejsza pod względem przyjętego przez Zamawiającego kryterium oceny (cena - 100%). Oferta Odwołującego w oparciu o powyższe kryterium zajęła 5 miejsce, uzyskując 233,25 pkt. W załączeniu przesłane zostało zawiadomienie o wyborze oferty po ponownym badaniu ofert z dnia 28 lipca 2010 r.

W dniu 4 sierpnia 2010 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej faxem wpłynęło pismo Odwołującego, w którym wnosił o umorzenie postępowania odwoławczego z uwagi na uwzględnienie zarzutów odwołania na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołujący argumentował, że w dacie 4 sierpnia 2010 r. Zamawiający udzielił mu informacji, iż

uwzględnił on odwołanie w części dotyczącej zarzutu braku podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu. Równocześnie poinformował, że co do wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej odwołanie nie mogło być uznane za zasadne, ponieważ po ponownym badaniu i ocenie ofert zajęła ona dopiero 5 miejsce w rankingu ofert (pismo Zamawiającego załączone do pisma Odwołującego z dnia 4 sierpnia 2010 r. – w aktach sprawy). Odwołujący wskazywał w odwołaniu, że zarzut, jaki stawiał Zamawiającemu, dotyczył niezgodności wykluczenia go z udziału w postępowaniu i zarzut ten został przez Zamawiającego uznany w całości za słuszny. Z tego względu, skoro wydanie wyroku w sprawie wywołanej odwołaniem stało się zbędne, ponieważ Zamawiający uznał zarzut Odwołującego za uzasadniony oraz nikt nie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, postępowanie odwoławcze powinno zostać umorzone na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp.

W ocenie Izby z powyżej przedstawionego stanu faktycznego wynika zatem, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzut odwołania, uznając, że wykluczenie Odwołującego było niezasadne. Dokonał także czynności ponownego badania i oceny ofert zgodnie z żądaniem odwołania. Nie dokonał jednak wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, ponieważ w wyniku badania i oceny ofert została ona sklasyfikowana dopiero na 5 pozycji. W tej części nie uwzględnił zatem żądania Odwołującego wynikającego z odwołania. Zapewne z uwagi na nieuwzględnienie wszystkich żądań odwołania Zamawiający nie odwoływał się w swoich czynnościach i pismach do art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, ponieważ przepis ten wymaga, aby w przypadku uwzględnienia wszystkich zarzutów odwołania zamawiający wykonał, powtórzył lub unieważnił czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Tymczasem odwołanie wniesione przez Odwołującego zawierało także żądanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, któremu to żądaniu Zamawiający nie mógł uczynić zadość z uwagi na kryterium oceny ofert i cenę oferty Odwołującego.

W ocenie Izby art. 186 ust. 2 ustawy Pzp nie wymaga jednak od Zamawiającego dla skuteczności uwzględnienia zarzutów odwołania i związanych z tym skutków prawnych w postaci możliwości umorzenia postępowania odwoławczego, aby wykonał żądania zgodnie z treścią odwołania niezależnie od zgodności z prawem i okolicznościami faktycznymi sprawy tychże żądań. Przepis ten przewiduje wprawdzie, że w przypadku uwzględnienia zarzutów w całości zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, jednak w ocenie Izby obowiązek ten dotyczy jedynie żądań dopuszczalnych w świetle przepisów prawa i stanu faktycznego danej sprawy. Ponadto należy podnieść, że także Krajowa Izba Odwoławcza,

uwzględniając odwołanie, nie nakazuje wyboru danej oferty jako najkorzystniejszej, ograniczając się do nakazania ponownego badania i oceny oferty z udziałem wykluczonego wykonawcy czy zakwestionowanej oferty. Tym samym nawet uwzględnienie odwołania nie gwarantowałoby Odwołującemu wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Ponadto sam Odwołujący w piśmie z dnia 4 sierpnia 2010 r. podnosił, że czynności przedsięwzięte przez Zamawiającego, tj. przywrócenie go do postępowania oraz ponowne badanie i ocena ofert z uwzględnieniem złożonej przez niego oferty, zaspokaja w pełni jego żądania wynikające z odwołania, wnosząc o umorzenie postępowania odwoławczego. Umorzenie postępowania odwoławczego nie narusza zatem jego interesu i jest zgodne z wniesionym przez niego wnioskiem.

W świetle powyższego uznać należy, że na obecnym etapie nie istnieje pomiędzy stronami spór objęty odwołaniem, a zatem dalsze prowadzenie postępowania odwoławczego jest bezprzedmiotowe. W związku z powyższym Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zachodzą przesłanki do umorzenia postępowania odwoławczego w trybie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp oraz § 13 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280).

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp, orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczzonego przez Odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych stosownie do § 5 ust. 1 pkt 1 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:**

.....