

POSTANOWIENIE
z dnia 11 października 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Przemysław Dzierzędzki

Marek Szafraniec

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestnika postępowania w dniu 11 października 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 września 2016 r. przez: Odwołującego „N.R.” Sp. z o.o z siedzibą w Łodzi, ul. Kopcińskiego 56 w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Miasto Łódź - Urząd Miasta Łodzi, ul. Piotrkowska 104 90-926 Łódź

przy udziale wykonawcy występującego wspólnie - Konsorcjum w składzie: Ośrodek Aktywacji Zawodowej i Szkoleń Sp z o.o. z siedzibą w Łodzi przy ul. Próchnika 5 oraz Spółdzielnia Socjalna NOVENTA z siedzibą w Łodzi przy ul. Więckowskiego 62 zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt: KIO 1779/16 po stronie zamawiającego

postanawia:

1. odrzuca odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego „N.R.” Sp. z o.o z siedzibą w Łodzi, ul. Kopcińskiego 56 i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego „N.R.” Sp. z o.o z siedzibą w Łodzi, ul. Kopcińskiego 56 tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Łodzi.

Przewodniczący:.....

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Miasto Łódź - Urząd Miasta Łodzi, ul. Piotrkowska 104 90-926 Łódź wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego na: „Letnie i zimowe, ręczne i mechaniczne oczyszczanie pasów dróg publicznych na terenie Miasta Łodzi w latach 2016-2019”, w podziale na 13 części, w tym część 1 - Rejon I - obejmujący obszar Zimna Woda – Żabieniec, oznaczone znakiem: DOA-ZP-VIII.271.12.2016.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 6 kwietnia 2016r. pod numerem 2016/S 067-117408.

W dniu 14 września 2016 r. Odwołujący: „N.R.” Sp. z o.o z siedzibą w Łodzi, ul. Kopcińskiego 56 powziął wiadomość o wyborze najkorzystniejszej oferty w części 1 złożonej przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Ośrodek Aktywacji Zawodowej i Szkoleń Sp z o.o. z siedzibą w Łodzi przy ul. Próchnika 5 oraz Spółdzielnia Socjalna NOVENTA z siedzibą w Łodzi przy ul, Więckowskiego 62, zwanego dalej Konsorcjum OAZiS.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 23 września 2016r.wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na wadliwe czynności badania i ocen ofert w części 1 złożonych w postępowaniu, które to czynności doprowadziły do nieprawidłowego uznania, że oferta złożona przez OAZiS jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert złożonych w postępowaniu oraz odpowiada wszystkim wymaganiom określonym w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, chociaż w rzeczywistości tak nie jest, a w konsekwencji wybór tej oferty, jako najkorzystniejszej, pomimo braku ku temu podstaw faktycznych i prawnych - Konsorcjum OAZiS podlegało wykluczeniu z udziału w postępowaniu oraz jego oferta podlegała odrzuceniu, a Zamawiający bezpodstawnie zaniechał jego wykluczenia z udziału w postępowaniu oraz odrzucenia złożonej oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

A. art. 24 ust. 2 pkt. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 23 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu Wykonawcy Konsorcjum OAZiS, który nie wniósł w wymaganym terminie wadium zabezpieczającego złożoną przez Konsorcjum OAZiS ofertę, a z ostrożności procesowej, wyłącznie w przypadku nie uwzględnienia przez Izbę zarzutu wskazanego w pkt. A powyżej:

B. art. 26 ust 3 ustawy Pzp w zw. z art 26 ust 2a oraz art. 22 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum OAZiS do uzupełnienia oferty poprzez złożenie oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, pomimo tego, że zaistniały ku temu przesłanki faktyczne i prawne.

Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru, jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez Konsorcjum OAZiS,
- powtórzenie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu ramach, której Zamawiający zobowiązany będzie do wykluczenia z udziału w postępowaniu konsorcjum OAZiS oraz jego ofertę odrzucić.

Pismem z dnia 26 września 2016r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego wykonawca występującego wspólnie - Konsorcjum w składzie: Ośrodek Aktywacji Zawodowej i Szkoleń Sp z o.o. z siedzibą w Łodzi przy ul. Próchnika 5 oraz Spółdzielnia Socjalna NOVENTA z siedzibą w Łodzi przy ul, Więckowskiego 62

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dokumentacyjnego przedmiotowego postępowania przetargowego, w tym akt sprawy odwoławczej o sygn. akt KIO 1779/16 oraz wyjaśnień stron i uczestnika Izba postanowiła odwołanie odrzucić.

Na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestnika Izba doszła do przekonania, że zachodzi przesłanka do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust.2 pkt. 7 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że do akt sprawy nie wpłynęła strona 4 odwołania.

Na posiedzeniu przed Krajową Izbą Odwoławczą na pytanie przewodniczącego skierowane do Odwoływającego w powyższej sprawie złożył on wyjaśnienie, że mogło dojść do omyłkowego nieprzekazania tej strony.

Stwierdził on również, że treść ze str. 4 zawierała jedynie uzasadnienie do interesu Odwoływającego, a także minimalną część początkową uzasadnienia do zarzutu.

Na żądanie Izby pełnomocnik Zamawiającego okazał Izbie oryginał kopii odwołania przekazanej Zamawiającemu, z którego wynikało, że treść tego dokumentu składa się z dwóch tych samych stron czwartych.

Odwoływający wnosił na posiedzeniu o pominięcie treści wskazanej na str. 4 odwołania.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że pomiędzy treścią odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, a treścią odwołania, przekazanego Zamawiającemu zachodzą różnice.

Powyższe różnice dotyczyły jednego żądania, które nie zostało zgłoszone Izbie, a przekazane zostało Zamawiającemu, braku wykazania w treści odwołania do Izby przesłanki interesu Odwoływającego, a także częściowego nieuzasadnienia zarzutu odwołania w zakresie art. 24 ust. 2 pkt. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 23 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp obowiązkiem Odwoływającego jest przekazanie Zamawiającemu kopii odwołania w ten sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią. Przepis ten odgrywa istotną rolę w postępowaniu odwoławczym.

Na podstawie przekazanej kopii odwołania Zamawiający może opracować odpowiedź na odwołanie, rozważyć decyzję o uwzględnieniu zarzutów w całości (art. 186 ust. 1 i 2 ustawy Pzp).

Inni wykonawcy biorący udział w postępowaniu, po analizie przesłanej przez zamawiającego kopii odwołania, mogą podjąć decyzję o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego (art. 185 ust. 2 ustawy Pzp).

Przepis art. 180 ust. 5 ustawy pzp nie precyzuje, co należy rozumieć przez pojęcie „kopia odwołania”, lecz nie ulega wątpliwości, iż nie chodzi tu o identyczną formę, lecz o

zgodność merytoryczną obu dokumentów, a więc przekazanie Zamawiającemu i Izbie pism o tej samej treści.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby, w celu ustalenia pojęcia treści odwołania, należy posiłkować się przepisem art. 180 ust. 3 ustawy Pzp i § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, które wymieniają zasadnicze elementy odwołania. Zgodnie z przywoływanymi przepisami odwołanie zawierać musi między innymi żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania, przedstawienie zarzutów, a także wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania.

Ponieważ określenie żądania co do sposobu rozstrzygnięcia, przedstawienie zarzutów, wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania "tworzy" treść odwołania, to stwierdzić należy, że przesłanie Zamawiającemu pisma różniącego się co do treści od odwołania wniesionego do Prezesa KIO oznacza iż odwołujący nie uczynił zadość obowiązkowi wynikającemu z przepisu art. 180 ust. 5 ustawy Pzp., albowiem nie przekazał zamawiającemu kopii odwołania.

Przyjęcie innego zapatrywania oznaczałoby w praktyce, że Odwołujący może w dowolny sposób kształtować i modyfikować treść wniesionego odwołania już w trakcie toczącego się postępowania odwoławczego.

W konsekwencji tego zaniechania odwołującego Izba jest zobowiązana przepisem art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp do odrzucenia odwołania.

Przechodząc do dalszego rozpoznania innych kwestii, Izba dostrzegła, że odwołanie to zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący w swoim odwołaniu pominął w całości wykazanie i uzasadnienie przesłanki interesu i szkody z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, co nie może podlegać uzupełnieniu w terminie późniejszym.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp postanowiła odrzucić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem

przepisów 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:.....

.....

.....