

Sygn. akt: KIO 1993/11

POSTANOWIENIE
z dnia 29 września 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący : Agnieszka Bartczak-Żuraw

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 29 września 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 września 2011 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego Sp. z o.o., ul. Leszczyńskiego 10A, 76-200 Słupsk** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Słupsk, Pl. Zwycięstwa 3, 76-200 Słupsk**, w imieniu którego działa **Rejonowy Zarząd Inwestycji w Słupsku Sp. z o.o., ul. Banacha 15, 76-200 Słupsk**

przy udziale wykonawcy „**SUMABUD**” **Zakład Usług Inwestycyjnych Roman Małkiewicz Spółka Jawna, ul. Tuwima 23 lok. 117, 76-200 Słupsk** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 20 000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych) na rzecz wykonawcy **Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego Sp. z o.o., ul. Leszczyńskiego 10A, 76-200 Słupsk**, uiszczonej 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 2010 r., Nr 113, poz. 759, 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 **Słupsku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Słupsk, Pl. Zwycięstwa 3, 76-200 Słupsk, w imieniu którego działa Rejonowy Zarząd Inwestycji w Słupsku Sp. z o.o., ul. Banacha 15, 76-200 Słupsk - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Rozbudowa teatru Rondo oraz budowa Słupskiego Centrum Organizacji Pozarządowych Ekonomii Społecznej przy ul. Niedziałkowskiego w Słupsku w ramach projektu Rewitalizacja Traktu Książęcego w Słupsku w obrębie I obszaru problemowego Lokalnego Programu Rewitalizacji Miasta Słupska na lata 2009 – 2015”. Wartość przedmiotowego zamówienia na roboty budowlane oszacowano na kwotę większą od wyrażonej w złotych równowartości kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp (zamówienie udzielane w częściach). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 25 czerwca 2011 r. pod nr 2011/S 120-198275.

W dniu 16 września 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy - Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego Sp. z o.o., ul. Leszczyńskiego 10A, 76-200 Słupsk od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia i zaniechania czynności, do której Zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj.:

1. niedokonaniu wykluczenia wykonawcy – „SUMABUD” Zakład Usług Inwestycyjnych Roman Małkiewicz sp.j. z siedzibą w Słupsku przy ul. Tuwima 23/117, 76-200 Słupsk (dalej „SUMABUD” Zakład Usług Inwestycyjnych Roman Małkiewicz sp.j.),
2. wyborze jako najkorzystniejszej oferty „SUMABUD” Zakład Usług Inwestycyjnych Roman Małkiewicz sp.j., która jest niezgodna z postanowieniami SIWZ określonymi w rozdziale VI pkt. 1.2 i 2.1. przez to, że nie wykazuje braku podstaw do wykluczenia z postępowania także podmiotów, na zasobach których wykonawca polega zgodnie z przepisem art. 26 ust.2b ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu:

1. naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp przez niewykluczenie z postępowania wykonawcy – „SUMABUD” Zakład Usług Inwestycyjnych Roman Małkiewicz sp.j.,

2. naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez uznanie za ofertę najkorzystniejszą ofertę, która wskutek wykluczenia uznana winna być za odrzuconą. Mając na uwadze powyższe wnosił o:
 1. uwzględnienie odwołania i zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa prawnego w sprawie,
 2. nakazanie uchylenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty
 3. nakazanie dokonanie ponownego badania ofert,
 4. nakazanie Zamawiającemu wykluczenie wykonawcy – „SUMABUD” Zakład Usług Inwestycyjnych Roman Małkiewicz sp.j.,
 5. nakazanie Zamawiającemu wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert nie podlegających odrzuceniu.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazywał, że zgodnie z pkt 1.2. rozdziału VI SIWZ, jeżeli wykonawca, wykazując spełnienie warunków udziału w postępowaniu o których mowa w rozdziale V ust. 1.0. SIWZ, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w przepisie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, Zamawiający zażądał od wykonawców przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w pkt 2.1. rozdziału VI SIWZ, a więc:

1. aktualnego odpisu z właściwego rejestru,
2. aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków,
3. aktualnego zaświadczenia z właściwego oddziału ZUS lub KRUS potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne,
4. aktualnej informacji z KRK w zakresie określonym w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp,
5. aktualnej informacji z KRK w zakresie określonym w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp.

Zgodnie z pkt. 1.1. rozdziału VI SIWZ Zamawiający wymagał, aby wykonawca w celu wykazania spełnienia przez siebie warunków udziału w postępowaniu przedstawił wykaz robót budowlanych między innymi minimum jednej roboty polegającej na prowadzeniu prac wykopaliskowych na terenie przestrzeni dawnych miast lokacyjnych (pkt 1.1. ppkt 1 lit c rozdziału VI SIWZ). Zgodnie z pkt 1.1. ppkt 2 rozdziału VI SIWZ wykonawca zobowiązany był także potwierdzić dokumentem, że roboty budowlane, także polegające na prowadzeniu prac wykopaliskowych na terenie przestrzeni dawnych miast lokacyjnych, zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Wykonawca – „SUMABUD”

Zakład Usług Inwestycyjnych Roman Małkiewicz sp.j., którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, wskazał, że:

1. posiada doświadczenie w zakresie ratowniczych badań archeologiczno-wykopaliskowych, wskazując, że wykonywał je w roku 2007 i 2011 na rzecz zamawiającego - Zakładu WISŁA, ul. Zamkowa 11/13 w Tczewie,
2. przy wykonywaniu części zamówienia w zakresie robót konserwatorskich (archeologiczno-wykopaliskowych) polegać będzie na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w przepisie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a podmiotami tymi będą - archeolog Aleksander Kwapiński i Muzeum Archeologiczne w Gdańsku przy ul. Mariackiej 25/26, 80-956 Gdańsk.

Na podstawie analizy oferty wykonawcy „SUMABUD” Zakład Usług Inwestycyjnych Roman Małkiewicz sp.j., Odwołujący stwierdzał, że wykonawca ten nie wykazał braku podstaw do wykluczenia z postępowania także podmiotów na zasobach, których polegać będzie przy wykonywaniu zamówienia, a które będą brały udział realizacji części zamówienia. Nie przedstawił Zamawiającemu dokumentów podwykonawców Aleksandra Kwapińskiego i Muzeum Archeologicznego w Gdańsku, potwierdzających niezaleganie z opłacaniem podatków, niezaleganie z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, niekaralność i brak zakazu ubiegania się o zamówienia na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione - tj. dokumentów wymaganych zgodnie z pkt 2.1. rozdziału VI SIWZ w związku z pkt. 1.2. SIWZ. Zdaniem Odwołującego wykonawca – „SUMABUD” Zakład Usług Inwestycyjnych Roman Małkiewicz sp.j. wskazujący w załączniku numer 4 do oferty, że roboty konserwatorskie wykonywane będą przez podwykonawcę, z którego zasobów korzysta na zasadach określonych w przepisie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp i za pomocą którego realizować będzie część zamówienia, zobowiązany był stosownie do zapisów rozdziału VI pkt. 2.1. w związku z pkt 1.2 SIWZ przedstawić Zamawiającemu dokumenty w postaci aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, aktualnego zaświadczenia z właściwego oddziału ZUS lub KRUS potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, aktualnej informacji z KRK w zakresie określonym w przepisie art. 24 ust. 1 pkt. 4-8 ustawy Pzp, aktualnej informacji z KRK w zakresie określonym w przepisie art. 24 ust. 1 pkt. 9 ustawy Pzp. Ponadto dokonując analizy oferty wykonawcy – „SUMABUD” Zakład Usług Inwestycyjnych Roman Małkiewicz sp.j., Odwołujący ustalił, że wykonawca ten pomimo wezwania nie przedstawił dokumentu, że prace wykopaliskowe na terenie dawnej przestrzeni miast lokacyjnych zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Wedle oceny Odwołującego zaświadczenie z dnia 02.08.2011 r. wydane przez Zakład Wisła w Tczewie stanowiące załącznik do pisma wykonawcy –

„SUMABUD” Zakład Usług Inwestycyjnych Roman Małkiewicz sp.j. nie stanowi referencji, gdyż nie stanowi oceny wykonanych prac a jedynie stwierdzenie, że zostały wykonane. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 15 września 2011 r. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika radcę prawnego Krzysztofa Szymandere działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 15 września 2011 r. udzielonego przez Pana Marka Smolaka – Członka Zarządu Odwołującego i Pana Jarosława Moszko - Członka Zarządu Odwołującego uprawnionych do reprezentacji łącznej zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania.

Zamawiający w dniu 16 września 2011 r. przekazał zawiadomienie o wniesieniu odwołania wraz z jego kopią.

W dniu 19 września 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy – „SUMABUD” Zakład Usług Inwestycyjnych Roman Małkiewicz sp. j., w którym wnosił o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp lub oddalenie zarzutów i żądań odwołania. Przystępujący wskazywał, iż legitymuje się interesem prawnym we wniesieniu przystąpienia, ponieważ jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Przystąpienie podpisane zostało przez Dyrektora Romana Małkiewicza – współnika uprawnionego do reprezentacji spółki zgodnie z odpisem z KRS załączonym do przystąpienia. Kopia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu i Odwołującemu. Izba ustaliła że zachowane zostały warunki formalne skuteczności przystąpienia, o których mowa w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, tj. 3-dniowy termin na doręczenie przystąpienia Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej we właściwej formie, jak również przekazanie Zamawiającemu i Odwołującemu kopii zgłoszenia przystąpienia, a ponadto przystępujący legitymuje się interesem we wniesieniu przystąpienia po stronie Zamawiającego. Tym samym Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy – „SUMABUD” Zakład Usług Inwestycyjnych Roman Małkiewicz sp. j. z uwagi na spełnienie przez niego warunków przystąpienia określonych w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

W dniu 22 września 2011 r. do Prezesa Krajowej Odwoławczej wpłynęła drogą faksową odpowiedź na odwołanie (oryginał pisma wpłynął w dniu 27 września 2011 r.), w której Zamawiający, działając w oparciu o art. 186 ustawy Pzp, uwzględnił odwołanie w całości zarzutów, tj. wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. W piśmie wskazywał, iż w wyniku wniesionego odwołania Zamawiający stwierdził, że w wybranej ofercie brak wymaganych dokumentów, o których uzupełnienie Zamawiający nie wystąpił do wykonawcy w wyniku zaniedbania. Mając na

względnie słuszność zarzutów Odwołującego oraz to, że jeżeli po wybraniu najkorzystniejszej oferty Zamawiający dojdzie do wniosku, że w toku badania i oceny ofert popełnił błąd mogący mieć wpływ na wynik postępowania, ma prawo i obowiązek powtórzyć czynność badania i oceny ofert (KIO 1689/11 z dnia 22 sierpnia 2011 r.), Zamawiający:

1. unieważni czynność wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. powtórzy czynność oceny ofert,
3. powtórzy czynność wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odpowiedź na odwołanie podpisana została przez Prezesa Zarządu Rejonowego Zarządu Inwestycji w Słupsku Sp. z o.o., działającego w imieniu Miasta Słupsk – Pana Marcina D. uprawnionego do reprezentacji samodzielnej zgodnie z przekazanym odpisem z KRS.

W dniu 23 września 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło faksem pismo wykonawcy „SUMABUD” Zakład Usług Inwestycyjnych Roman Małkiewicz Sp.j., w którym oświadczył, iż w związku z uwzględnieniem przez Zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu jako przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie wnosi sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Pismo podpisane zostało przez Dyrektora Romana Małkiewicza – współnika uprawnionego do reprezentacji spółki zgodnie z odpisem z KRS załączonym do przystąpienia. Oryginał powyższego pisma wpłynął do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 września 2011 r. W związku z powyższym, jako że przystępujący samodzielnie, bez wezwania, o którym mowa w § 13 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. Nr 48, poz. 280), złożył oświadczenie o braku sprzeciwu co do uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, co warunkuje dopuszczalność umorzenia postępowania zgodnie z art. 186 ust. 3 ustawy Pzp, Izba uznała, iż nie zachodzi potrzeba kierowania do niego takiego wezwania.

Skoro zatem Zamawiający, prawidłowo reprezentowany, w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że uwzględnia w całości zarzuty odwołania, przyjąć należy, że Zamawiający uznał w pełni zarzuty Odwołującego. Zgodnie z treścią art. 186 ust. 3 ustawy Pzp, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, jeśli wykonawca, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Powyższe oświadczenie nie

podlega ocenie co do jego zasadności, w związku z czym Krajowa Izba Odwoławcza jest nim związana. W konsekwencji oświadczenie Zamawiającego o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołania obliguje Krajową Izbę Odwoławczą do umorzenia postępowania odwoławczego.

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.

Zatem mając na uwadze, iż:

1. Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu,
2. Wykonawca – „SUMABUD” Zakład Usług Inwestycyjnych Roman Małkiewicz Sp.j., który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego oświadczył, iż nie składa sprzeciwu,

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego, zgodnie z treścią art. 186 ust. 3 ustawy Pzp.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem rozprawy, zatem koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych, orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczonego przez Odwołującego z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 2 a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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: