

POSTANOWIENIE

z dnia 5 sierpnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

wobec cofnięcia w dniu **1 sierpnia 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 lipca 2014 r.

przez wykonawcę: **AWBUD S.A. z siedzibą w Fugasówce**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Wykonanie robót budowlanych wg standardów Warunków Kontraktowych FIDIC („czerwona książka”) obejmujących przebudowę – modernizację komunalnej oczyszczalni ścieków w Kraśniku* (nr postępowania 2/ZP/2014)

prowadzonym przez zamawiającego: **Kraśnickie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o. z siedzibą w Kraśniku**

przy udziale wykonawców zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

A. M..... sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku

B. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, CADAGUA SA z siedzibą w Bilbao (Hiszpania)

C. Instal Kraków S.A. z siedzibą w Krakowie

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.

2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego – AWBUD S.A. z siedzibą w Fugasówce kwoty 18000 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 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 Lublinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Kraśnickie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o. z siedzibą w Kraśniku – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.; dalej zwanej również „ustawą pzp”, „pzp”, „Pzp” lub „PZP”}, postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. *Wykonanie robót budowlanych wg standardów Warunków Kontraktowych FIDIC („czerwona książka”) obejmujących przebudowę – modernizację komunalnej oczyszczalni ścieków w Kraśniku* (nr postępowania 2/ZP/2014). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2014/S_058-096523 z 22 marca 2014 r., z tym, że 17 marca 2014 r. Zamawiający przekazał to ogłoszenie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, 24 marca 2014 r. zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń, a 22 marca 2014 r. na swojej stronie internetowej (www.kpwik.krasnik.pl), na której od tego dnia udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej zwaną również w skrócie „s.i.w.z.” lub „SIWZ”}. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 35.284.936,20 zł, co stanowi równowartość 8.351.661,86 euro.

15 lipca 2014 r. Zamawiający przesłał faksem Odwołującemu – AWBUD S.A. z siedzibą w Fugasówce – zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, a także o odrzuceniu oferty Odwołującego.

25 lipca 2014 r. Odwołujący wniósł – w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu – do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższych czynności Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia ustawy pzp:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez jego błędną wykładnię i zastosowanie, polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego, pomimo iż odpowiada ona treści SIWZ.
2. Art. 87 ust. 1 – przez jego niezastosowanie, polegające na zaniechaniu wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty.
3. Art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp – przez jego niezastosowanie, polegające na zaniechaniu dokonania w ofercie Odwołującego poprawy omyłek, polegających na niezgodności oferty z treścią SIWZ, które nie powodowały zmiany treści oferty, w szczególności zaniechanie poprawienia omyłek w treści kosztorysu ofertowego.
4. Art. 91 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 – przez jego błędną wykładnię i zastosowanie,

polegające na dokonaniu wyboru oferty Instal Kraków S.A. jako najkorzystniejszej, mimo że ofertą najkorzystniejszą była oferta Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazania Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego.
3. Dokonania powtórnej oceny i badania ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, w tym poprawienia innej omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp w ofercie Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania sprecyzowano zarzuty z pkt 1 - 3 jako związane z poz. 6.2 przedmiaru, której opis Zamawiający 28 marca 2014 r. sprostował w drodze wyjaśnień SIWZ – z pierwotnego brzmienia: *urządzenie do suszenia osadu – suszarka fluidalna SP930/3,7 z podajnikiem, zespołem dosuszania osadu oraz wyposażeniem według specyfikacji wraz z transportem, montażem, uruchomieniem, szkoleniem personelu – na: urządzenie do suszenia osadu.*

Zdaniem Odwołującego powyższa, ewentualna niezgodność nie skutkuje automatycznym obowiązkiem odrzucenia oferty z powołaniem się na art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, gdyż stosownie do tego przepisu zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Zaś z wykładni literalnej tego ostatniego przepisu wynika, że zamawiający w pierwszej kolejności zobowiązany jest poprawić omyłki, które nie powodują istotnych zmian w treści oferty, a dopiero w razie braku zgody wykonawcy na ich poprawienie, może ofertę odrzucić.

W ocenie Odwołującego odpowiedzialność za zaistniały stan rzeczy ponosi Zamawiający, który prowadził postępowanie w sposób nierzetelny i niestaranny, a przy tym usiłuje przerzucić skutki swoich błędów na wykonawców, w tym Odwołującego. Odwołujący zwrócił uwagę na nieprawidłowości w przygotowaniu przedmiaru. Zdaniem Odwołującego o tym, że obiektywnie budził on wątpliwości świadczy fakt, że aż trzech doświadczonych wykonawców (w tym Odwołujący) popełniło omyłkę polegającą na dodaniu do przedmiaru pozycji 6.2 o pierwotnym opisie, tj. *urządzenie do suszenia osadu – suszarka fluidalna SP930/3,7 z podajnikiem, zespołem dosuszania osadu oraz wyposażeniem według specyfikacji wraz z transportem, montażem, uruchomieniem, szkoleniem personelu –* zamiast: *urządzenie do suszenia osadu.* Omyłka ta została spowodowana przez działania i zaniechania Zamawiającego, który udzielał wyjaśnień treści SIWZ nieprecyzyjnych lub wewnętrznie sprzecznych. Odwołujący zarzucił, że Zamawiający nie powinien oceniać oferty pod kątem urządzenia do suszenia osadów, gdyż w przekazanych wykonawcom przedmiarach po wyjaśnieniach z 28 marca 2014 r. nie uwzględniono tego urządzenia.

Odwołujący powołał się na to, że przed wyborem najkorzystniejszej oferty podejmował działania mające na celu zabezpieczenie na rzecz Zamawiającego dostawy prawidłowych urządzeń, zgodnych z projektem. W szczególności pozyskał ofertę z 10 czerwca 2014 r. na dostawę urządzenia do suszenia osadów z pkt 6.2 kosztorysu ofertowego oraz zawarł 11 czerwca 2014 r. umowę przedwstępną umowę dostawy i współpracy. Z treści tych dokumentów bezpośrednio wynika wola zaoferowania Zamawiającemu urządzeń zgodnych z SIWZ, a szczególności zgodnych ze specyfikacją wymagań użytkownika dla wybranych urządzeń technologicznych, załącznik nr 5 – specyfikacja na kompletną instalację do suszenia osadów. Odwołujący dodał, że Krevox jest autoryzowanym dystrybutorem urządzenia do suszenia odpadów producenta ANDRITZ.

Zdaniem Odwołującego biorąc pod uwagę ceny pozostałych wykonawców za przedmiotową pozycję (z wyjątkiem oferty spółki M....., która okazała się ceną za urządzenie niezgodne z SIWZ) oraz zasady doświadczenia życiowego, można stwierdzić, że wycena Odwołującego w istocie dotyczyła żądanej przez Zamawiającego pozycji, a nie suszarki fluidalnej.

Odwołujący powołał się także na to, że według SIWZ dominujące znaczenie ma dokumentacja projektowa oraz STWiORB, co zostało również potwierdzone w projekcie umowy, a zatem to te dokumenty, w pierwszej kolejności, determinują przewidziany do wykonania zakres prac. Zważywszy, że przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, wykonawca zobowiązany jest do oddania przewidzianego w umowie obiektu (pkt 1.3 projektu umowy), wykonanego przede wszystkim zgodnie z projektem i z STWiORB (art. 647 kc). Wymagana przez właściwe przepisy dokumentacja stanowi część umowy, a Zamawiający zobowiązany jest projekt Wykonawcy dostarczyć (art. 647 i 648 § 2 kc).

Ponadto Odwołujący w odwołaniu powołał się, w kontekście każdego z powyższych trzech zarzutów, na orzecznictwo Izby, opisując lub przytaczając fragmenty uzasadnień wyroków, które uznał za adekwatne.

Z uzasadnienia odwołania wynika, że zarzut czwarty jest konsekwencją niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego.

Zamawiający w piśmie z 29 lipca 2014 r. oświadczył, że 28 lipca 2014 r. przesłał drogą elektroniczną pozostałym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu kopię odwołania, która została również zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego.

28 lipca 2014 r. wpłynęły do Prezesa Izby – w formie pisemnej {A. i B.} lub elektronicznej {C.} opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu – zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez:

- A. M..... sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku,
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, CADAGUA SA z siedzibą w Bilbao (Hiszpania),
- C. Instal Kraków S.A. z siedzibą w Krakowie.

Zgłaszający przystąpienia wnieśli o oddalenie odwołania.

Wobec dokonania zgłoszeń w odpowiedniej formie, przy zachowaniu 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpień, co do których nie zgłoszono również opozycji.

1 sierpnia 2014 r. wpłynęło do Prezesa Izby – w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu – pismo, w którym Odwołujący oświadczył, że – działając na podstawie art. 187 ust. 8 ustawy pzp – wycofuje odwołanie wniesione 25 lipca 2014 r. w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego, a także wnosi o zniesienie posiedzenia wyznaczonego na 6 sierpnia 2014 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1517/14 oraz o umorzenie postępowania odwoławczego w tej sprawie i zwrot 90% kwoty uiszczonego wpisu od odwołania.

Zarówno odwołanie, jak i wycofanie odwołania zostały podpisane przez pełnomocnika działającego w ramach umocowania wynikającego z załączonego do odwołania pełnomocnictwa z 18 lipca 2014 r., które z kolei zostało podpisane przez członka zarządu i prokurenta, upoważnionych – zgodnie z informacją odpowiadającą odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego dla Nr KRS: 000023958 z 18 lipca 2014 r. {również załączoną do odwołania} – do reprezentacji łącznej AWBUD S.A. z siedzibą w Fugasówce.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Skuteczne skorzystanie przez którąkolwiek ze stron postępowania odwoławczego z przysługującej jej tzw. czynności dyspozytywnej (czyli uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego lub cofnięcia odwołania przez odwołującego – powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozstrzygnięcia zarzutów odwołania.

Odwołujący skutecznie wycofał 1 sierpnia 2014 r. uprzednio wniesione odwołanie.

Z tych względów – działając na podstawie art. 187 ust. 8 w zw. z § 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, z późn. zm.) oraz art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych – Izba umorzyła postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron i Przystępujących.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do treści art. 187 ust. 8 zd. 2 ustawy pzp w związku z § 5 ust. 1 pkt 3 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).

Przewodniczący: