

Sygn. akt: KIO 2615/11

POSTANOWIENIE
z dnia 19 grudnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 19 grudnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 grudnia 2011 r. przez wykonawcę Savex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zgorzelcu w postępowaniu prowadzonym przez PGE Elektrownia Opole S.A. w Bełchatowie,

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego Savex spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Zgorzelcu kwoty 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych, zero groszy), stanowiącej równowartość wpisu uiszczzonego przez Odwołującego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego na „*Modernizację chłodni kominowej nr 2*”, z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 23 września 2011 r. w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod nr 2011/S 183-30030.

Odwołujący 29 listopada 2011 r. za pomocą faksu powziął informację o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Energomontaż Południe S.A. w Katowicach zaś 9 grudnia 2011 r. złożył odwołanie wobec zaniechania wykluczenia tego wykonawcy z postępowania, zarzucając:

1. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy - nie wykluczając z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wybranego Wykonawcy, mimo że złożył on w swej ofercie nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania;
2. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy - nie wykluczając z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wybranego Wykonawcy, nie spełniającego warunków udziału w postępowaniu, co dotyczy punktu 12.2.1 SIWZ oraz do punktu 12.2.2 SIWZ, punktu III.2.3 Ogłoszenia - Kwalifikacje techniczne.
3. naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy, nie zapewniając w postępowaniu zachowania uczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wybranego Wykonawcy.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności Zamawiającego badania i oceny ofert oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej Wybranego Wykonawcy,
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert, wraz z dokonaniem czynności wykluczenia z postępowania Wybranego Wykonawcy, oraz nakazaniem Zamawiającemu wyboru oferty złożonej przez Odwołującego, jako najkorzystniejszej,

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący argumentuje:

- Wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt III.2.3 Ogłoszenia o zamówieniu - Kwalifikacje techniczne (pkt. 2.1.1), oraz pkt 12.2.1.1 SIWZ. Zdaniem Odwołującego, z referencji dotyczących zadania z wykazu realizowanych prac - poz. nr 1 - „*Modernizacja chłodni kominowej na bloku o mocy 225 MW nr 10 w PKE SA Elektrowni Łaziska, ul. Wyzwolenia 30, 43-170 Łaziska Górne*” wynika, że wybrany Wykonawca wykonał jako podwykonawca firmy

UNISERV SA - generalnego Wykonawcy modernizacji chłodni - jedynie prace w zakresie: dostaw i montażu rurociągów zasilających instalację przeciw obmarzaniu; dostaw i montażu instalacji przeciw obmarzaniu; dostaw i montażu kolektorów stalowych wodorozdziału; dostawę i montaż armatury. W zakres dostaw armatury mogły wchodzić takie elementy instalacji jak: klapy odcinające, zasuwki, zawory itp. Z referencji nie wynika, by wybrany Wykonawca brał udział w wykonaniu usług polegających na modernizacji urządzeń wewnętrznych lub montażu nowych urządzeń w chłodni kominowej. Do elementów, kwalifikowanych jako „urządzenia” zaliczają się: zraszalnik w postaci bloków ociekowych, wodorozdział z aparatami rozpryskowymi na całej powierzchni chłodni służący do rozdeszczowania wody chłodzącej, eliminator unosu kropel zabezpieczający układ chłodzenia przed nadmiernymi stratami wody w systemie.

- Wykonanie przez wybranego Wykonawcę prac wyłącznie w takim zakresie, jaki przedstawiono w referencjach nie mogło spowodować osiągnięcia zakładanego efektu schładzania. Dlatego potwierdzenie osiągnięcia przez Wybranego Wykonawcę zakładanego efektu schładzania w Wykazie realizowanych prac, jest twierdzeniem nieprawdziwym. Jeśli w ramach wymienionej wyżej inwestycji uzyskano efekt schładzania, nie mógł być on rezultatem pracy wykonanej przez wybranego Wykonawcę - którego rola w inwestycji miała charakter pomocniczy.

- referencje dotyczące zadań podanych w wykazie realizowanych prac - poz. nr 2 - Projekt i wykonanie 2 chłodni kominowych na wodę morską FRP przez firmę SPIG s.p.a. dla SNC Lavalin Worley Parsons w EMAL SMELTER COMPLEX PROJECT Abou Dhabi opisują dwa szeregi chłodni na wodę morską, wykonanych konstrukcyjnie z tworzyw sztucznych - FRP w ilości 32 komór. Ponad wszelką wątpliwość referencje nie dotyczą chłodni kominowych, lecz chłodni wentylatorowych.

- jako właściwy wykonawca realizacji, określonych w pkt 2 i 3 Wykazu realizowanych prac Wybranego Wykonawcy została przedstawiona włoska spółka SPIG SpA, z siedzibą w Aronie. Dotyczy to m.in. pozycji nr 3 Wykazu realizowanych prac. Jednak bezpośrednio z treści zamieszczonych referencji nie wynika, że to firma SPIG S.p.A. zrealizowała usługę opisaną w tych referencjach. Zostały one bowiem skierowane do SPIG SOGUTMA SISTEMLERI TIC. LTD.STL. Kwestia ta nie jest wyjaśniona w ofercie Wybranego Wykonawcy.

- treść oświadczenia SPIG SpA z dnia 4 listopada 2011 r, o udostępnieniu zasobów na rzecz Wybranego Wykonawcy jest niewystarczająca ze względu na wymagania Zamawiającego, wyrażone na str. 11 i 13 SIWZ.

- przedstawione realizacje nr 2 i 3, które wybrany Wykonawca uznał za spełniające warunki, określone przez Zamawiającego nie dotyczą chłodni kominowych, a wentylatorowych. Wybrany Wykonawca, jako podmiot wyspecjalizowany w realizacji zadań z zakresu budownictwa energetycznego ponad wszelką wątpliwość dysponuje wiedzą, umożliwiającą dokonanie technicznego rozróżnienia typów chłodni. Przedstawiając zatem realizacje dotyczące chłodni

wentylatorowych, jako chłodnie kominowe złożył zatem - umyślnie - nieprawdziwe informacje, mające umożliwić mu uzyskanie zamówienia.

Zamawiający w dacie 9 grudnia 2011 r. o godzinie 12.12 przesłał do wykonawcy Energomontaż Południe S.A. w Katowicach kopię odwołania, wzywając do przystąpienia do postępowania odwoławczego (pismo Zamawiającego z dnia 9 grudnia 2011 r., wydruk poczty elektronicznej wraz z odwołaniem, adresowanej do wykonawcy).

Wykonawca Energomontaż Południe S.A. w Katowicach podał, iż w dniu 9 grudnia 2011 r. (piątek) w godzinach 12 -15 miała u niego miejsce przerwa w dostępie energii elektrycznej. Wykonawca przedstawił na powyższą okoliczność wystosowane przez siebie pismo adresowane do dostawcy energii, Vattenfal Distribution Poland SA w Katowicach z 28 listopada 2011 r. nawiązujące do planowanej na 9 grudnia 2011 r. w godz. 12-15 przerwy w dostawie energii elektrycznej spowodowanej pracami konserwacyjnymi, zawierające prośbę o przesunięcie godziny rozpoczęcia prac konserwacyjnych na godz. 15, a także wydruk z korespondencji elektronicznej od dostawcy energii z dnia 2 grudnia 2011 r., z której wynika, że nie ma możliwości przełożenia prac konserwacyjnych w obiekcie Energomontaż Południe SA zlokalizowanego w Katowicach przy ul. Mickiewicza 15 na czas późniejszy. Wykonawca Energomontaż Południe S.A. w Katowicach oświadczył na posiedzeniu, że przerwa w dostępie prądu w dniu 9 grudnia 2011 r. miała miejsce w godzinach podanych przez dostawcę energii, trwała do zakończenia dnia pracy u tego wykonawcy, który trwa w godzinach od 7 do 15. Wykonawca stoi na stanowisku, iż treść wiadomości Zamawiającego, zawierającej kopię odwołania oraz wezwanie do przystąpienia do postępowania odwoławczego w związku z tym otrzymał w poniedziałek dnia 12 grudnia 2011 r., stąd przystąpienie z 14 grudnia 2011 r. złożył w ustawowym, trzydniowym terminie. Ze złożonego przez Zamawiającego wydruku z jego poczty elektronicznej wynika, że Wykonawca Energomontaż Południe S.A. w Katowicach potwierdził otrzymanie wiadomości w dniu 12 grudnia 2011 r. o godz. 10.18.

W dniu 14 grudnia 2011r. wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, złożone na podstawie art. 185 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przez wykonawcę Energomontaż Południe S.A. w Katowicach.

W oparciu o powyższe, ustalono, że przystąpienie wykonawcy Energomontaż Południe S.A. w Katowicach do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zostało złożone z uchybieniem ustawowego, trzydniowego terminu.

W myśl znajdującego zastosowanie dla ustalenia terminu na zgłoszenie w niniejszym przypadku przepisu art. 185 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgłoszenie przystąpienia wnosi się w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania.

Kopię odwołania wykonawca Energomontaż Południe S.A. w Katowicach otrzymał w dniu 9 grudnia 2011r., zaś przystąpienie zostało wniesione w dacie 14 grudnia 2011r, zatem w piątym dniu po otrzymaniu odwołania.

Trzydniowy termin na zgłoszenie przystąpienia jest terminem zawitym, nieprzywracalnym. Rzeczą wykonawcy jest zapewnienie efektywnej ścieżki komunikacji, w tym wypadku – w formie poczty elektronicznej. Nie może uzasadniać tezy, by kopię odwołania wykonawca otrzymał dopiero w dniu 12 grudnia 2011 r. fakt przerwy w dostępie prądu przez trzy godziny w dniu 9 grudnia 2011 r. Ów brak prądu, trwający – zgodnie ze stanowiskiem wykonawcy Energomontaż Południe S.A. w Katowicach – przez trzy godziny był bowiem zdarzeniem przewidywanym, o którym wykonawca wiedział z dużym wyprzedzeniem czasu, skoro korespondencję w przedmiocie przesunięcia godzin prac konserwacyjnych prowadził już w dniu 28 listopada 2011 r. Nadto, komunikacja za pośrednictwem poczty elektronicznej cechuje się znaczącą elastycznością i niezależnością, pozwalając odebrać wiadomość z różnych miejsc i w każdym czasie. Trzygodzinna przerwa w dostawie prądu, trwająca – zgodnie z oświadczeniem Energomontaż Południe S.A. w Katowicach do godziny 15 nie może także być uznana za uzasadniającą niedochowanie terminu na złożenie przystąpienia, skoro soboty i niedziele wlicza się przy liczeniu terminu, wyjąwszy sytuacje, kiedy ostatni dzień terminu przypada na niedzielę bądź dzień ustawowo wolny od pracy, co powoduje, że wykonawca, do upływu 12 grudnia 2011 r. mógł zgłosić przystąpienie, co uczynił jednak dopiero 14 grudnia 2011 r.

Reasumując, zgłoszenie przystąpienia, które wpłynęło w dniu 14 grudnia 2011 r., jest wniesionym z uchybieniem ustawowego terminu na jego wniesienie, co skutkuje koniecznością uznania go za nieskuteczne.

Powyższe skutkowało uznaniem, że wykonawca Energomontaż Południe S.A. w Katowicach nie uzyskał statusu przystępującego do postępowania odwoławczego.

Zamawiający w dacie 16 grudnia 2011 r. złożył odpowiedź na odwołanie, uwzględniając zarzuty odwołania. Odpowiedź na odwołanie została podpisana przez prokurenta Zamawiającego – Pana Adama Mrozińskiego oraz członka zarządu Pana Jana Pilipionka. Ze złożonego przez Zamawiającego odpisu z KRS wynika dwuosobowa reprezentacja Zamawiającego, przy czym Pan Adam Mroziński nie został w nim ujawniony. Zamawiający wyjaśnił powyższe tym, że w związku ze zmianą właściwości sądu rejestrowego dla Zamawiającego oraz powołaniem osoby na stanowisko prokurenta, stosowny wpis nie został jeszcze dokonany. Zamawiający złożył też uchwałę Zarządu

Zamawiającego powołującą Pana Adama Mrozińskiego na stanowisko prokurenta a także wniosek o zmianę w KRS danych w tym zakresie. W oparciu o powyższe stwierdzono, że oświadczenie o uwzględnieniu odwołania zostało dokonane przez uprawnione osoby.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

W związku z faktem, iż przed otwarciem posiedzenia przed Krajową Izbą Odwoławczą wyznaczonego w celu rozpatrzenia odwołania, Zamawiający oświadczył, na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, iż uwzględnia odwołanie spółki Savex spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Zgorzelcu w całości, zaszyły podstawy do umorzenia postępowania.

Zgodnie z treścią art. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca, a w takim wypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Jednocześnie – jak się wskazuje w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej – nie stanowi przeszkody do umorzenia postępowania fakt przeprowadzenia posiedzenia z udziałem stron lub rozprawy. Mimo że przepis art. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przewiduje – w sytuacji uwzględnienia przez Zamawiającego wszystkich zarzutów przedstawionych w odwołaniu – możliwość umorzenia postępowania na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron, to należy przyjąć, że postanowienie o umorzeniu postępowania może być wydane również na późniejszych etapach postępowania, w zależności od tego, kiedy zostaną ujawnione okoliczności uzasadniające umorzenie. Dalsze prowadzenie postępowania w sytuacji braku sporu między stronami byłoby bowiem niecelowe. Za taką interpretacją przemawia również fakt, że przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), w § 5 ust. 1 pkt 1, regulują kwestię kosztów postępowania w przypadku jego umorzenia z uwagi na uwzględnienie zarzutów odwołania po otwarciu rozprawy albo rozpoczęciu posiedzenia z udziałem stron (tak też: postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 maja 2010 r., w spr. KIO 908/10, z dnia 7 kwietnia 2011 r. w spr. 663/11).

Dla wywarcia skutku procesowego w postaci umorzenia postępowania odwoławczego, konieczne jest bowiem uwzględnienie przez zamawiającego zarzutów podniesionych w odwołaniu. Dalsze czynności, jakie zamawiający podejmie w związku z uwzględnieniem zarzutów, pozostają bez znaczenia dla ustalenia przesłanki do umorzenia postępowania odwoławczego.

Zatem mając na uwadze, że:

1. Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu,
 2. do postępowania odwoławczego nie przystąpił skutecznie żaden wykonawca,
- Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia, zatem koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczanego przez Odwołującego z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 1 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: