

Sygn. akt: KIO 2556/12

POSTANOWIENIE
z dnia 27 listopada 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 27 listopada 2012 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 listopada 2012 r. przez **wykonawcę Nest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Irysowa 31** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Siechnice Burmistrz Siechnic, ul. Jana Pawła II 12**

postanawia:

1. Umarzyć postępowanie odwoławcze
2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 10 000zł. 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Nest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Irysowa 31** 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. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **we Wrocławiu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie boisk sportowych w ramach budów Moje Boisko-Orlik 2012 zostało wszczęte przez zamawiającego Gminę Siechnice z siedzibą w Siechnicach, ul. Jana Pawła II 12 ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 23 października 2012r. za numerem 2012-225261.

W dniu 12 listopada 2012r. zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty wykonawcy NEST spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Irysowa 31 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm. dalej ustawy) z uwagi na zawarty w ofercie Wykonawcy zapis producenta trawy syntetycznej o treści: „Tilia S.A. ma prawo do zmiany specyfikacji każdego produktu celem poprawy systemu lub dostosowania go do nowych standardów” może prowadzić w istocie do zmiany oferty.

W dniu 16 listopada 2012r. NEST spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Irysowa 31 (dalej odwołujący) wniosła odwołanie na czynność odrzucenia swojej oferty.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 P.z.p., poprzez odrzucenie oferty jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, podczas gdy brak jest niezgodności pomiędzy ofertą a treścią specyfikacji;
- 2) art. 22 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, art. 25 Pzp, 29 ust. 2 Pzp poprzez określenie bezpodstawnie nadmiernie rozbudowanego przedmiotu zamówienia, a tym samym wprowadzenie warunków udziału w postępowaniu, które są niezasadne i które zmierzają do ograniczenia uczciwej konkurencji

Wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego
- 2) nakazanie zamawiającemu równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia w sposób umożliwiający zachowanie zasad uczciwej konkurencji
- 3) zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych.

Odwołujący podniósł, iż ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania. W wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów ustawy, interes odwołującego w uzyskaniu

zamówienia doznał uszczerbku, gdyż objęte odwołaniem czynności zamawiającego uniemożliwiają odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia a tym samym wybór jego oferty i uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Odwołujący wskazał także, że ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż sprzeczne z ustawą ww. czynności zamawiającego w sposób negatywny oddziałują na możliwości udziału odwołującego w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że pismem z dnia 12 listopada 2012 r. zamawiający poinformował go o odrzuceniu złożonej jego oferty. Zdaniem zamawiającego zawarty w ofercie odwołującego zapis producenta trawy syntetycznej o treści: „Tilia S.A. ma prawo do zmiany specyfikacji każdego produktu celem poprawy systemu lub dostosowania go do nowych standardów” może prowadzić w istocie do zmiany oferty. To z kolei zamawiający uważa za niezgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Takie stanowisko zamawiającego pozbawione jest, zdaniem odwołującego, jakiegokolwiek podstawy.

W szczególności zaś zamawiający nie wskazał niezgodności z którymi konkretnymi istotnymi warunkami zamówienia te niezgodności miały by powstać w wyniku tak sformułowanego przez producenta trawy syntetycznej warunku. Odwołujący wskazał, że zawarte dane techniczne spełniają warunki podane przez zamawiającego. Zdaniem odwołującego producent w użytym sformułowaniu zawarł deklarację producenta na przyszłość o podnoszeniu standardów swoich produktów. Nie jest to deklaracja odwołującego. Odwołujący przywołał orzecznictwo Izby – sygn. akt KIO 1464/12, sygn.. akt KIO 1383/12: Cytowany przez zamawiającego w piśmie z dnia 12 listopada 2012 r. fragment deklaracji producenta jest załącznikiem oferty odwołującego i wskazuje jedynie na możliwość zastosowania produktu o polepszonych parametrach, w stosunku do tych które złożył w swojej ofercie odwołujący. Mając zaś na uwadze wiążący opis przedmiotu zamówienia (siwz + projekt budowlany) oraz dyspozycję art. 140 pzp zakazującą zmiany treści umowy (zgodność umowy z ofertą) wykluczone jest, zdaniem odwołującego, żądanie przez odwołującego zmiany umowy w oparciu o wskazaną przez zamawiającego podstawę, albowiem z mocy prawa podlegałaby unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawartego w siwz. Wskazał na zamknięty katalog podstaw odrzucenia określony w art. 89 ust. 1 ustawy, oraz podniósł, że podstawa faktyczna podana przez zamawiającego pozostaje poza katalogiem ustawowym. Odwołujący podkreślił, że treść oferty (traktowana jako oświadczenie wykonawcy) nie pozostaje w sprzeczności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Tym samym w ocenie odwołującego działanie zamawiającego należy ocenić jako czynność prawną sprzeczną z prawem i jako taka nie może ona wywołać skutku zgodnie z treścią art. 58 k.c. Z mocy przepisu art. 14 ustawy do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Dla oceny postępowania

zamawiającego i wykonawców znajduje również zastosowanie norma art. 5 k.c. Co oznacza, że odrzucenie oferty jedynie z tej przyczyny że jeden z elementów dokumentu złożonej, poza tym zgodnie z treścią SIWZ oferty, który na dodatek nie wpływa na możliwość rzetelnej oceny ofert, przy uwzględnieniu wszystkich podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowi w istocie nadużycie prawa i naruszenie zasad współzycia społecznego, co w świetle art. 5 k.c. jest niedopuszczalne.

Według odwołującego jest oczywistym, że deklaracja producenta ujawniająca możliwość polepszenia parametrów zastosowanej murawy mogłaby być oceniana jako atrybut oferty, nie zaś jako okoliczności ją dyskwalifikującą.

Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 16 listopada 2012r. udzielonego przez prezesa zarządu odwołującego ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji odwołującego, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 16 listopada 2012r.

W dniu zamawiający powiadomił o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

W dniu 26 listopada 2012r. zamawiający uwzględnił w całości zarzuty odwołania i wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego. Uwzględnienie zostało podpisane przez Burmistrza Siechnic.

Izba zważyła, co następuje :

W związku z faktem, iż przed otwarciem posiedzenia Krajowej Izby Odwoławczej, zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania i nie nastąpiło skuteczne zgłoszenie przystąpienia po stronie zamawiającego, zaszyły podstawy do umorzenia postępowania.

Zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym, pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim wypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Jak ustalono wyżej, w prowadzonym postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca.

Zatem mając na uwadze, że:

1. zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu,
2. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie 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 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczanego przez odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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