

POSTANOWIENIE

z dnia 27 marca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu **27 marca 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **23 marca 2012 r.** przez wykonawcę: **KRI Marketing and Trading Spółka Akcyjna ul. Piwna 28/31, 80-831 Gdańsk**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gminę Rokiciny, Urząd Gminy ul. Tomaszowska 9, 97-221 Rokiciny**,

postanawia:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze.**
- 2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego kwoty 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez odwołującego: KRI Marketing and Trading Spółki Akcyjnej ul. Piwna 28/31, 80-831 Gdańsk, tytułem wpisu od odwołania.**
- 3. Znosi wzajemnie koszty postępowania odwoławczego między stronami.**

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Piotrkowie Trybunalskim**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Zakup energii elektrycznej, część II pozostałe obiekty” (Dz. Urz. UE z dnia 14.01.2012, numer ogłoszenia: 2012/S 9-013408), w dniu 23 marca 2012 r. zostało złożone odwołanie w formie pisemnej przez wykonawcę: KRI Marketing and Trading Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku w odniesieniu do części 2 zamówienia.

Wniesienie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia dnia 16 marca 2012 r. o wykluczeniu odwołującego z postępowania i o odrzuceniu jego oferty na część 2 zamówienia.

Wobec podjętych, niżej opisanych czynności oraz zaniechań czynności nakazanych ustawą, odwołujący zarzucił zamawiającemu: Gminie Rokiciny, naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, ze zm.), tj.:

- 1) art. 26 ust. 3, art. 26 ust. 4, art. 87 ust. 1 ustawy, przez ich niezastosowanie lub niewłaściwe zastosowanie i niewezwanie odwołującego do uzupełnienia brakujących lub zawierających błędy dokumentów,
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy, przez uznanie, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz, że podlega wykluczeniu, a jego oferta podlega odrzuceniu, pomimo, że zamawiający stwierdził, iż odwołujący nie złożył wymaganego dokumentu, a nadto nie został wezwany do jego uzupełnienia - więc ocena w tym zakresie nie mogła zostać przeprowadzona,
- 3) art. 91 ust. 1 art. 7 ust. 1 ustawy, przez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz przez wybór w zakresie części 2 zamówienia oferty, która nie była najkorzystniejszą.

Powołując się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia, odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu w odniesieniu do części 2 zamówienia:

- 1) unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego i odrzucenia złożonej oferty,
- 2) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty

najkorzystniejszej, poprzedzonego czynnością wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał, że w piśmie powiadającym o wykluczeniu odwołującego z postępowania, zamawiający uzasadnił swoją czynność tym, że zgodnie z działem VI, pkt 2 SIWZ w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia (...) należało przedstawić, zgodnie z punkt 2.5. i 2.6. aktualną informację z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp oraz pkt 9 art. 24 ust. 1 tej ustawy. Zamawiający stwierdził, że 24 lutego 2012 r. wezwał odwołującego faksem do złożenia tych dokumentów. „W wyznaczonym terminie do dnia 28 lutego 2012 r. dokumentów nie otrzymano.”

Odwołujący zaprzeczył podnoszonym przez zamawiającego okolicznościom, że został wezwany do złożenia dokumentów. Przyznał natomiast, że pismem doręczonym 24 lutego 2012 r. był wzywany jedynie do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Odwołujący potwierdził, że w wymienionym piśmie zamawiający informował go o stwierdzonym braku w ofercie – w zakresie wymaganej informacji z KRK. Odwołujący podkreślał jednocześnie, że omawianym pismem nie był wzywany do uzupełnienia dokumentów, a jako podstawę prawną czynności - zamawiający przywołał art. 87 ust. 1 ustawy Pzp - a nie art. 26 ust. 3 tej ustawy.

Odwołujący zajął stanowisko, że instytucje przewidziane w art. 87 ust 1 ustawy Pzp oraz w art. 26 ust. 3 i 4 tej ustawy, są odmienne, a ich zastosowanie wywołuje różne skutki prawne. Zamawiający dostrzegając braki w dokumentacji towarzyszącej ofercie odwołującego – zaniechał wezwania odwołującego do ich uzupełnienia, czym w ocenie odwołującego, rażąco naruszył art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Cena oferty odwołującego była najniższa, a został pozbawiony przez zamawiającego możliwości uzupełnienia braków w dokumentacji złożonej oferty.

Na poparcie swoich twierdzeń odwołujący przytoczył orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, sygn. akt: KIO /Uzp 1447/07; KIO Uzp 58/07, KIO/Uzp 1399/07, KIO/Uzp 1096/09, KIO/Uzp 67/09, KIO/Uzp 1031/09, KIO/Uzp 638/08, KIO 1032/11, KIO 860/11, z których wynika wniosek, że nie można obarczać negatywnymi skutkami wykonawcy, który zastosował się do niejednoznacznego w swej treści wezwania zamawiającego.

Odwołujący wskazywał na obowiązek zamawiającego do precyzyjnego i jednoznacznego formułowania wezwań, wystosowanych na podstawie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp. Podkreślał przy tym, że brak wskazania podstawy prawnej wezwania oraz

wymienienia jakie dokumenty należy złożyć i w jakim terminie, uniemożliwił zamawiającemu zastosowanie rygoru wykluczenia odwołującego z postępowania, a co za tym idzie – odrzucenia jego oferty. Stanowczo zaznaczał, że art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, ma charakter imperatywny, zatem formułuje jednoznaczny obowiązek wezwania, nie tworzy zaś jedynie uprawnienia do dokonania takiej czynności. Odwołujący utrzymywał, że mógł skorzystać ze środków ochrony prawnej - po powiadomieniu go o rozstrzygnięciu postępowania, gdyż z tą chwilą uzyskał informacje o konsekwencjach niezastosowania się do wezwania (lub zaniechania wezwania).

Dalej odwołujący argumentował, że skoro jego oferta została bezpodstawnie odrzucona, mimo że była najkorzystniejsza cenowo, to dokonany wybór oferty innego wykonawcy, który przedstawił droższą ofertę jest wadliwy - dokonany z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

W konsekwencji wskazanych wyżej naruszeń przepisów ustawy Pzp, tj. art. 26 ust. 3, art. 26 ust. 4, art. 87 ust. 1 ustawy oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 tej ustawy, odwołujący wywodził naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp – zasady równego traktowania wykonawców.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 23 marca 2012 r. do postępowania odwoławczego w terminie ustawowym, określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, nie zgłosił przystąpienia żaden z wykonawców.

Zamawiający za pośrednictwem faksu w dniu 27 marca 2011 r. w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że „postanowił uznać w całości zarzuty odwołującego” i wnosił o umorzenie postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, iż zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania w sposób, o jakim stanowi art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, tj. w odniesieniu do „całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.” W takim przypadku, zgodnie z treścią przywołanego przepisu, zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu.

W tym stanie rzeczy zachodziły ustawowe przesłanki umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi, iż w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron (...), pod

warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca.

Zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238), w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę, wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów - przed rozpoczęciem wyznaczonego posiedzenia Izby z udziałem stron i uczestnika, Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych uiszczonej kwoty wpisu od odwołania. Zgodnie z art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp w przypadku umorzenia postępowania, inne koszty postępowania odwoławczego w opisanych wyżej okolicznościach, zaistniałych w niniejszej sprawie - podlegają wzajemnemu zniesieniu między stronami.

Przewodniczący:

.....