

Sygn. akt: KIO 1216/12

POSTANOWIENIE
z dnia 18 czerwca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 18 czerwca 2012 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 czerwca 2012 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego i Usług Technicznych „Śląsk” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. W. Sikorskiego 41** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny nr 5 im. Św. Barbary w Sosnowcu, plac Medyków 1**

postanawia :

1. **umorzyć postępowania odwoławcze;**
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą kwotę uiszczanego wpisu na rzecz **Przedsiębiorstwa Budownictwa Ogólnego i Usług Technicznych „Śląsk” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. W. Sikorskiego 41** 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 niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na kompleksową modernizację oddziałów łóżkowych celem dostosowania pomieszczeń do obowiązujących przepisów i standardów w Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym nr 5 im. Św. Barbary w Sosnowcu – moduły łóżkowe, zostało wszczęte przez zamawiającego Wojewódzki Szpital Specjalistyczny nr 5 im. Św. Barbary w Sosnowcu, Plac Medyków 1 ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej opublikowanym także w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej za numerem 2012/S 68-111584 w dniu 6 kwietnia 2012r..

W dniu 31 maja 2012r. zamawiający poinformował wykonawców faksem o wynikach postępowania i wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego „Chemobudowa-Kraków” Spółki Akcyjnej z siedzibą w Krakowie, ul. Klimeckiego 24.

Na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz na zaniechanie odrzucenia oferty wybranej odwołanie w dniu 11 czerwca 2012r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniosło Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego i Usług Technicznych „Śląsk” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. W. Sikorskiego 41 – dalej odwołujący zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm. – dalej ustawy poprzez naruszenia zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przy ocenie złożonych ofert i czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie czynności polegającej na odrzuceniu oferty wybranej jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) w zakresie spełniania warunku określonego w pkt 6.4.3. siwz tj. nie przedłożenia do oferty opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Zamawiający miał uznać za spełnienie powyższego warunku, jeśli wykonawca udokumentuje wysokość polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na poziomie co najmniej 30 000 000zł. oraz naruszenia art. 87 ust. 1 i art. 26 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy wybranego do przedłożenia prawidłowego dokumentu lub wyjaśnienia kwestii związanych z dołączonymi do oferty polisami. Według odwołującego zamawiający naruszył także inne przepisy wskazane

w uzasadnieniu odwołania. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania poprzez zobowiązanie zamawiającego do unieważnienia jego czynności polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej oferty „Chemobudowa-Kraków” S.A. zobowiązanie zamawiającego do dokonania ponownej oceny ofert celem wyboru oferty najkorzystniejszej, zobowiązanie zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy „Chemobudowa-Kraków” S.A.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, gdyż potwierdzenie zasadności zarzutów odwołania oznaczałoby, iż w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy PZP - został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia, ponosząc jednocześnie szkodę. Odwołujący złożył bowiem niepodlegającą odrzuceniu najkorzystniejszą ofertę pod względem ceny stanowiącej jedyne kryterium oceny ofert, zatem uwzględnienie odwołania otworzyłoby mu realną możliwość uzyskania zamówienia w przedmiotowym postępowaniu o jego udzielenie. Dokonanie przez zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego „CHEMOBUDOWA - KRAKÓW” S.A. z siedzibą: 30-705 Kraków, ul. Klimeckiego 24 naraża odwołującego na szkodę z powodu nieuzyskania odpłatnego zamówienia publicznego. W uzasadnieniu odwołujący podał, że zamawiający w pkt 6.4.3 siwz zażądał w celu potwierdzenia, że wykonawca posiada sytuację ekonomiczną i finansową zapewniającą prawidłowe wykonanie zamówienia, m.in. dokumentu: opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Zamawiający miał uznać, że wykonawca spełni powyższy warunek, jeśli wykonawca udokumentuje wysokość polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na poziomie co najmniej 30 000 000.00 PLN. Zamawiający w piśmie z dnia 04 maja 2012 r. stanowiącym odpowiedzi na pytania do treści siwz - Zestaw pytań nr 2 - na pytanie nr 1: „Czy Zamawiający uzna za spełnienie przez Wykonawcę wymagań punktu 6.4.3 SIWZ jeżeli on w przypadku posiadania polisy o wartości mniejszej niż wymagane 30 000 000, 00 PLN załączy do oferty pisemne oświadczenie, iż w przypadku wyboru przez Zamawiającego jego oferty, Wykonawca dokona podniesienia wysokości obecnie posiadanej polisy do wymaganej kwoty co najmniej 30 000 000, 00 PLN?” - Zamawiający wskazał, że podtrzymuje zapisy SIWZ.

Wykonawca wybrany do swojej oferty załączył :

- polisę serii OC-C numer 014501 z dnia 09.02.2012 wystawiona przez InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Vienna Insurance Group, w której suma gwarancyjna / limit sumy gwarancyjnej na jeden i wszystkie wypadki w okresie ubezpieczenia wynosi maksymalnie 15.000.000 zł, która nie spełnia wymagań zamawiającego, co do sumy

ubezpieczenia oraz

- polisę wystawioną przez ubezpieczyciela Allianz Versicherungs-Aktiengesellschaft na rzecz ubezpieczonego : PBP Chemobudowa Oddział Frankfurt nad Menem.

Zgodnie z treścią tegoż dokumentu pod nr polisy AS-9200317383 zawarte jest ubezpieczenie zakładowe od odpowiedzialności cywilnej dla ustawowej OC dla zakładu: montaż żelbetonów, roboty murarskie, montaż instalacji ogrzewania i kotłów.

Zgodnie z dalszymi zapisami - podstawą ubezpieczenia są Ogólne Warunki Ubezpieczenia dla polisy OC (AHB) oraz szczegółowe warunki kontraktu.

Odwołujący podał, że według niemieckich przepisów oddział przedsiębiorstwa jest jednostką wyodrębnioną organizacyjnie i przestrzennie z zakładu głównego. Oddział prowadzi samodzielnie działalność gospodarczą posiada oddzielną rachunkowość i wydzielony majątek. Podlega wpisowi do rejestru handlowego.

Tym samym, w ocenie odwołującego, dołączona do oferty polisa wystawiona na PBP Chemobudowa Oddział Frankfurt nad Menem nie spełnia warunku określonego w pkt 6.4.3 SIWZ, ponieważ beneficjentem - ubezpieczonym z tej polisy jest tylko i wyłącznie zakład (Oddział) w Niemczech, a nie zwycięski wykonawca.

Odwołujący pozostaje w przekonaniu, że zwycięski wykonawca nie posiada żądanej przez Zamawiającego polisy, w której będzie jednoznacznie wskazana kwota w wysokości co najmniej 30 000 000,00 PLN. Wskazał na wyrok Izby z dnia 20 czerwca 2011 r. KIO 1205/11, LexPolonica nr 2579656 i podniósł, że w niniejszej sprawie zwycięski wykonawca jest bezspornie ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej, jednakże nie jest ubezpieczony na żadaną przez zamawiającego kwotę. Ponadto wskazał na wyrok Izby z dnia 11 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO 2801/10 i stwierdził, że w polisie dotyczącej Oddziału Spółki w Niemczech jest właśnie mowa o ubezpieczeniu konkretnego zakładu i najprawdopodobniej konkretnej umowy (kontraktu). Przez opisane wyżej działania zamawiający, zdaniem odwołującego, naruszył następujące przepisy ustawy PZP: art. 7 ust. 1 i 3, art. 91 ust. 1, oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Odwołujący zwrócił jednocześnie uwagę na to, że zamawiający naruszył również przepisy art. 26 ust. 3 i art. 87 ust. 1 poprzez zaniechanie czynności związanej z wezwaniem zwycięskiego wykonawcy do złożenia prawidłowego dokumentu polisy oc, bądź złożenia wyjaśnień związanych ze złożonymi do oferty polisami.

Podniósł ponadto, że tolerując błędy podniesione w niniejszym odwołaniu, zamawiający naruszył zasady równego traktowania uczestników postępowania i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający uczciwą konkurencję, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy. Wskazany wyżej przepis art. 7 ustawy PZP ugruntowuje generalne zasady systemu zamówień publicznych w Polsce, zasadę uczciwej konkurencji oraz równości. Wszyscy bowiem uczestnicy postępowania przetargowego powinni być traktowani na równych prawach przez zamawiającego w toku całego postępowania. W szczególności istotne to jest w trakcie merytorycznej oceny treści złożonych ofert. Wybiórcze stawianie wymagań jedynie w stosunku do niektórych oferentów, a poniechanie tego w stosunku do innych jest nierównym traktowaniem oferentów i stanowi rażące naruszenie w/w zasady równości. Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Zespołu Arbitrów oraz KIO.

Odwołanie zostało podpisane przez dwóch członków zarządu odwołującego ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 8 czerwca 2012r., na dowód czego załączono kopię odwołania wraz z prezentatą zamawiającego.

W dniu 8 czerwca 2012r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 11 czerwca 2012r. (poniedziałek) faksem wpłynęło do izby zgłoszenia przystąpienia od Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego „Chemobudowa-Kraków” Spółki Akcyjnej z siedzibą w Krakowie, ul. Klimeckiego 24. Zgłoszenie to nastąpiło po stronie zamawiającego. Zgłaszający przystąpienie potwierdził, iż otrzymał informację o wniesieniu odwołania w dniu 8 czerwca 2012r.). Wskazał, że ma interes, aby odwołanie zostało oddalone, gdyż jego oferta została wybrana w przedmiotowym postępowaniu jako najkorzystniejsza. Oświadczył, że przekazał kopię przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Wniósł o oddalenie odwołania. W uzasadnieniu wskazał, że na gruncie prawa niemieckiego pomimo swej odrębności od jednostki macierzystej w Polsce, oddział nie jest samodzielnym przedsiębiorstwem, dlatego zawarta umowa, potwierdzona polisą wystawioną na PBP Chemobudowa Oddział Frankfurt nad Menem obejmuje w istocie przedsiębiorstwo zgłaszającego przystąpienie. Zaprzeczył także, aby przedłożona polisa odnosiła się do konkretnej umowy o roboty budowlane. Polisa odnosi się do szczegółowych warunków kontraktu tj. umowy ubezpieczenia, która doprecyzowuje Ogólne Warunki Ubezpieczenia. Zgłoszenie zostało podpisane przez członka zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji. Do zgłoszenia nie załączono dowodów przekazania kopii zgłoszenia zamawiającemu i odwołującemu.

W dniu 15 czerwca 2012r. wpłynęło do Izby zgłoszenie przystąpienia tożsame w swej treści i zawartości z faksem z dnia 11 czerwca 2012r., nadane 12 czerwca 2012r.

W dniu 15 czerwca 2012r. wpłynęła do Izby odpowiedź zamawiającego na odwołanie, w której uwzględnił on co do zasady w całości zarzuty odwołania i wniósł o umorzenie postępowania na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron i innych uczestników postępowania. Oświadczył, że jest gotów unieważnić czynność wyboru oferty „Chemobudowa-Kraków” S.A. jako najkorzystniejszej oraz dokonać ponownego badania, oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem postanowień art. 87 ust. 1 i 26 ust. 3 ustawy. W uzasadnieniu potwierdził akt otrzymania kopii zgłoszenia przystąpienia w dniu 11 czerwca 2012r. oraz oświadczył, że stanowisko zgłaszającego przystąpienia, co do tego, że umowa ubezpieczeniowa potwierdzona polisą wystawioną (przez Allianz) na PBP Chemobudowa Oddział Frankfurt nad Menem obejmuje w istocie przedsiębiorstwo przystępującego do odwołania, nie pozwala w sposób bezsporny przyjąć, że „Chemobudowa-Kraków” S.A. spełnił wymagania określone w siwz w zakresie potwierdzania spełniania warunku posiadania sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej prawidłowe wykonanie zamówienia. W ocenie zamawiającego oznacza to konieczność zastosowania trybu określonego w art. 87 ust. 1 ustawy, a w razie potrzeby art. 26 ust. 3 ustawy. Odwiedź została podpisana przez zastępcę dyrektora zamawiającego, z upoważnienia dyrektora.

Izba oceniła skuteczność zgłoszonego po stronie zamawiającego przystąpienia i uznała, że przystąpienie Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego „Chemobudowa-Kraków” Spółki Akcyjnej z siedzibą w Krakowie, ul. Klimeckiego 24 nie spełnia wymogów określonych w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy.

Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania. Zgłoszenie doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu.

W przedmiotowej sprawie Chemobudowa-Kraków S.A. z możliwości wniesienia przystąpienia w formie elektronicznej nie skorzystało, co jest bezsporne. Bezsporne jest również to, że zamawiający w dniu 8 czerwca 2012r. powiadomił wykonawców o wniesieniu odwołania i wezwał do dokonywania przystąpień. Termin zatem na wniesienie przystąpienia do Prezesa Izby upływał w dniu 11 czerwca 2012r. W tym dniu zgłaszający przystąpienie przekazał treść przystąpienia do Izby faksem. Jednakże faksowi nie można przypisać atrybutu formy pisemnej. Zgodnie bowiem z art. 73 par. 1 kc stosowanym odpowiednio na podstawie art. 14 ustawy forma pisemna jest zachowana, w przypadku, gdy pod oświadczeniem woli znajdzie się podpis osoby składającej to oświadczenie. Podpis ten ma być podpisem oryginalnym, a nie odbitym przez urządzenie faksujące. Niedopuszczalność składania zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w formie faksowej

przewiduje także § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. nr 48 poz. 280) stanowiąc, że z wyjątkiem wniesienia odwołania i zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę korespondencja w sprawie odwoławczej kierowana przez strony i uczestników postępowania odwoławczego do Izby, a także korespondencja kierowana przez Izbę może być przesyłana faksem lub drogą elektroniczną. O ile braki formalne odwołań (w tym nieprawidłowo wniesionego drogą faksową) mogą być naprawione tak w trybie art. 187 ust. 3 – 7 ustawy jak i w trybie odpowiadającym tym przepisom § 9 cytowanego rozporządzenia o tyle ustawodawca nie przewidział dla wykonawców przystępujących do postępowania odwoławczego możliwości uzupełniania braków zgłoszenia przystąpienia. Stąd też należy wywieść, że przystąpienie nie spełniające wymogów, co do formy wniesienia, terminu, braków formalnych w postaci :

- braku wskazania strony, do której się przystępuje oraz
- interesu w uzyskaniu korzystnego dla strony, do której się przystępuje rozstrzygnięcia, a także
- nie przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu,

nie może być uznane za skuteczne i Izba w takim przypadku zobligowana jest nie dopuścić przystępującego do udziału w postępowaniu.

W przedmiotowej sprawie przystąpienie spełniające wymogi, co do formy, wskazania strony, interesu oraz przekazania kopii nie zostało wniesione do Prezesa Izby do końca dnia 11 czerwca 2012r., a więc z uchybieniem terminu wskazanego w art. 185 ust. 2 zd 1 ustawy. W formie pisemnej zgłoszenie przystąpienia wpłynęło dopiero w dniu 15 czerwca 2012r., a więc z uchybieniem 3 dniowego terminu wskazanego w art. 185 ust. 2 ustawy.

Obowiązku pisemnego wniesienia przystąpienia nie można zastąpić sposobami komunikacji wykonawców z Zamawiającym określonymi w art. 27 ust. 2 ustawy, tj. drogą faksową lub elektroniczną za potwierdzeniem otrzymania, gdyż jedynie do kopii odwołania w art. 180 ust. 5 ustawy ustawodawca dopuścił możliwość przesłania kopii w trybie art. 27 ust. 2 ustawy. Przepis ten natomiast nie został wskazany przez ustawodawcę jako dopuszczalna forma wniesienia przystąpienia ani w treści art. 185 ust. 2 i 3 ustawy, ani w par. 7, zd. 1 rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań.

W związku z faktem, iż przed otwarciem posiedzenia Krajowej Izby Odwoławczej, zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania, 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 skutecznie 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