

Sygn. akt: KIO 2419/10

POSTANOWIENIE
z dnia 17 listopada 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 16 listopada 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 05 listopada 2010 r. przez **Andrzeja Górskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą BET-MIN Andrzej Górski, Wiechlice, ul. Brzozowa 14A/10, 67-300 Szprotowa** w postępowaniu prowadzonym przez **Pomorską Kolej Metropolitalną SA, ul. Na Stoku 50, II piętro, 80-874 Gdańsk**

orzeka:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,

2. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Andrzeja Górskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą BET-MIN Andrzej Górski, Wiechlice, ul. Brzozowa 14A/10, 67-300 Szprotowa** kwoty 13 500 zł 00 gr (słownie: trzynaście 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 2010 r. Nr 113, poz. 759 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 **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e n i e

do postanowienia z dnia 17 listopada 2010 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 2419/10

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy Pzp w nowym brzmieniu, tj. po dniu wejścia w życie wskazanych przepisów.

Nadto Izba ustaliła, że odwołanie zostało złożone w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonym na zadanie: *„Wycinka zieleni oraz przeszukanie terenu pod budowę Pomorskiej Kolei Metropolitalnej Etap I - Rewitalizacja „Kolei Kokoszkowskiej” na obecność przedmiotów wybuchowych i niebezpiecznych pochodzenia wojskowego wraz z ich likwidacją*”, wszczętym przez Pomorską Kolej Metropolitalną SA, ul. Na Stoku 50, II piętro, 80-874 Gdańsk zwaną dalej: *„Zamawiającym”* – ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2010/S 187-285913 w dniu 25.09.2010 r.

W dniu 11.10.2010 r. Zamawiający poinformował (faxem) o wynikach oceny spełniania warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu przez uczestników postępowania, otrzymanych ocenach spełniania tych warunków oraz zaprosił do składania ofert. W dniu 27.10.2010 r. Zamawiający poinformował (faxem) o wyborze oferty najkorzystniejszej: Konsorcjum GPRD-ZIELEŃ. Drugą pozycję zajęła Elżbieta Olczak Majewska prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Biuro Obsługi Inwestycji Elżbieta Olczak Majewska, ul. Sempołowskiej 29, 51-660 Wrocław zwana dalej: *„BIO Elżbieta Olczak Majewska”*, zaś trzecią: Andrzej Górski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą BET-MIN Andrzej Górski, Wiechlice, ul. Brzozowa 14A/10, 67-300 Szprotowa zwany dalej: *„BET-MIN Andrzej Górski”* albo *„Odwołującym”*.

W dniu 05.11.2010 r. (kurierem) na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: *„Pzp”*, BET-MIN Andrzej Górski wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego z dnia 27.10.2010 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 05.11.2010 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego). Wskazał na:

- 1) naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, polegające na nieprawidłowym wyborze najkorzystniejszej oferty Konsorcjum GPRD-ZIELEŃ,
- 2) brak wykluczenia zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp i odrzucenia ofert zgodnie z art. 24 ust. 4 Pzp Konsorcjum GPRD-ZIELEŃ,

3) braku wykluczenia zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp i odrzucenia ofert zgodnie z art. 24 ust. 4 Pzp BIO Elżbieta Olczak Majewska. Odwołujący wnosił o:

1. Unieważnienie wyboru wykonawcy: Konsorcjum GPRD-ZIELEŃ,
2. Wykluczenie wykonawcy i odrzucenie oferty Konsorcjum GPRD-ZIELEŃ,
3. Wykluczenie wykonawcy i odrzucenie oferty BIO Elżbieta Olczak Majewska.

Zarzuty: 1. Wykonawca Konsorcjum GPRD-ZIELEŃ Sp. z o.o. nie spełnia warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt. III.2.2. ppkt b i c ogłoszenia o zamówieniu.

2. BIO Elżbieta Olczak Majewska nie spełnia warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt. III.2.2. ppkt b i c ogłoszenia o zamówieniu. W związku z naruszeniem przez Zamawiającego: a) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp - poprzez nierówne traktowanie wykonawców biorących udział w postępowaniu; b) art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp - poprzez niewykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu; c) art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp - poprzez nieodrzućenie ofert wykonawców, którzy powinni zostać wykluczeni z postępowania.

Zamawiający w dniu 05.11.2010 r. wezwał faxem w trybie art. 185 ust.1 uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 08.11.2010 r. (faxem), a w dniu 09.11.2010 r. (kurierem) Konsorcjum firm: 1) Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe GPRD-ZIELEŃ Sp. z o.o. (Lider), 2) Prace Wyburzeniowe i Minerskie EXPLOSIVE S.C. (Uczestnik konsorcjum) z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Partyzantów 76, 80-245 Gdańsk zwany dalej: „Konsorcjum GPRD-ZIELEŃ” albo „Przystępującym” zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Izba nie uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt: KIO 2419/10: - Konsorcjum GPRD-ZIELEŃ Zgłoszenie przystąpienia w przywołanym terminie miało miejsca faxem, a następnie zostało potwierdzone pisemnie – po 3 dniowym terminie. Jednakże faksowi nie można przypisać atrybutu formy pisemnej. Zgodnie bowiem z art. 73 ust. 1 kc stosowanym odpowiednio na podstawie art. 14 Pzp 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 2010 r. 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 odwołania (w tym nieprawidłowo wniesionego drogą

faksową) mogą być naprawione tak w trybie art. 187 ust. 3 – 7 Pzp, jak i w trybie odpowiadającemu 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:

- a) braku wskazania strony, do której się przystępuje oraz
 - b) interesu w uzyskaniu korzystnego dla strony, do której się przystępuje rozstrzygnięcia, a także
 - c) 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.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO nie wniosło na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Na posiedzeniu dnia 16.11.2010 r. umocowany pełnomocnik Odwołującego, tj. BET-MIN Andrzej G. cofnął odwołanie, przed otwarciem rozprawy, wniesione do Prezesa KIO w dniu 05.11.2010 r. W konsekwencji Izba uznała, że odwołanie zostało skutecznie wycofane przed otwarciem rozprawy. Przed złożeniem niniejszego oświadczenia, Izba rozpatrzyła wniosek Zamawiającego złożony na posiedzeniu o odrzucenie odwołania i uznała zaistnienie przesłanek faktycznych i prawnych do odrzucenia odwołania na posiedzeniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Uwzględniając oświadczenie o cofnięciu odwołania Izba, działając na podstawie art. 187 ust. 8 oraz art. 192 ust. 1 zd. 2 Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie.

Na podstawie do art. 187 ust. 8 zdanie drugie Pzp oraz § 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), Izba orzekła o dokonaniu zwrotu Odwołującemu z rachunku Urzędu 90 % kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący:

.....