

Sygn. akt KIO 310/11

POSTANOWIENIE
z dnia 25 lutego 2011r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 25 lutego 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **CTL Maczki-Bór S.A., 41-208 Sosnowiec, ul. Długa 90** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. 44-330 Jastrzębie Zdrój, ul. Armii Krajowej 56**

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze;

2. Nakazuje Urzędowi Zamówień Publicznych dokonanie zwrotu kwoty 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) poniesionej z tytułu wpisu od odwołania na rzecz **CTL Maczki-Bór S.A., 41-208 Sosnowiec, ul. Długa 90**

Stosownie do art. 198 a i 198 b 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 **Gliwicach**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. w Jastrzębiu Zdroju - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest Kompleksowe usługi budowy budowli krajobrazowej, służącej powiększeniu zieleni urządzonej oraz celom związanym z rekreacją i sportem, na terenie położonym przy ul. Węglowej w Jastrzębiu-Zdroju, przy użyciu mas skalnych pochodzących z KWK "Borynia-Zofiówka".

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich 9 lutego 2011 r., pod numerem 2011/S 27-044545.

Ukształtowanie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania przez wykonawców warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, zamieszczonego w punkcie IX.B.I) specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz punkcie III.2.3.

15 lutego 2011 r. wykonawca - CTL Maczki-Bór S.A. w Sosnowcu - wniósł odwołanie, które wpłynęło. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 22 ust. 4 Pzp przez niewłaściwe i niezgodne z prawem powiązanie sposobu dokonywania oceny spełniania przez wykonawców warunku posiadania wiedzy i doświadczenia z przedmiotem zamówienia, polegające na:

1. żądaniu wykazania się przez wykonawców wykonaniem lub wykonywaniem zamówień związanych z rozładunkiem z wagonów kolejowych mas skalnych i kruszyw, załadunkiem ich na środki transportu i transportem w celu wykonania budowli ziemnej lub krajobrazowej w zakładach górniczych, mimo iż jeden z dopuszczanych przez zamawiającego sposobów wykonania zamówienia nie obejmuje załadunku mas na inne środki transportu,
2. żądaniu wykazania się przez wykonawców wykonaniem lub wykonywaniem zamówień związanych z rozładunkiem z wagonów kolejowych mas skalnych i kruszyw, załadunkiem ich na środki transportu i transportem w celu wykonania budowli ziemnej lub krajobrazowej w zakładach górniczych, mimo iż okoliczność, iż zamówienie będzie wykonywane na zlecenie zamawiającego prowadzącego zakład górniczy jest obojętna dla należytego wykonania zamówienia,
3. żądaniu wykazania się przez wykonawców wykonaniem lub wykonywaniem zamówień związanych z transportem mas skalnych, kruszyw i odpadów powstałych w procesach technologicznych przeróbki mechanicznej węgla na zwałowiska zakładów górniczych, mimo iż wykonawcy posiadający doświadczenie w wykonywaniu zamówień związanych z transportem mas

skalnych, kruszyw i odpadów powstałych w procesach technologicznych przeróbki mechanicznej węgla w inne miejsca niż zwałowiska (na przykład w miejsca ich odzysku) są także w stanie należycie wykonać niniejsze zamówienie.

Odwołujący wskazał, że wskutek ukształtowania postanowień siwz nie może wziąć udziału w postępowaniu - spełnia je aktualny wykonawca usług objętych przedmiotem zamówienia – i wniósł o zmianę pkt IX.B.I siwz przez usunięcie z jego treści nieuzasadnionego i niezgodnego z prawem opisanego wymogów oraz o odpowiednią zmianę treści ogłoszenia o zamówieniu.

Nie zgłoszono przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Zamawiający przed otwarciem posiedzenia Izby, pismem z 23 lutego 2011 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której powołał się na art. 186 ust. 1 Pzp, uwzględnił odwołanie w całości i wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego. Zamawiający oświadczył, że dokonał zmiany treści siwz w ten sposób, że pkt IX.B.1) uzyskał brzmienie:

„Na potwierdzenie warunku wskazanego w punkcie A.2) wymagane jest posiadanie wiedzy i doświadczenia w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia poprzez wykonanie lub wykonywanie zamówień związanych z rozładunkiem z wagonów kolejowych mas skalnych i kruszyw w celu wykonania budowli ziemnej lub krajobrazowej lub transportem mas skalnych lub odpadów powstałych w procesach technologicznych przeróbki mechanicznej kopalni na zwałowiska w ilości nie mniejszej niż 1,5 mln Mg, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie.

Ocena spełnienia warunku nastąpi na podstawie przedstawionych przez Wykonawcę dokumentów, o których mowa w punkcie X siwz”.

Na stronie internetowej zamawiającego znajdują się stosowne informacje.

Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 186 ust. 2 Pzp 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, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Użyty w przywołanym przepisie czasownik „może” wskazuje na etap postępowania odwoławczego, na jakim Izba może wydać postanowienie o umorzeniu postępowania. Zgodnie z art. 186 ust.1 Pzp zamawiający może wnieść odpowiedź na odwołanie. Odpowiedź na odwołanie

wnosi się na piśmie lub ustnie do protokołu.

Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie dają Izbie możliwości kontrolowania oświadczeń stron o cofnięciu odwołania lub uwzględnienia w całości zarzutów odwołania pod kątem ich zgodności z przepisami prawa. W postępowaniu odwoławczym nie stosuje się art. 213 § 2 kodeksu postępowania cywilnego, W konsekwencji oświadczenie zamawiającego o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołania wyczerpuje dyspozycję art. 186 ust. 2 zd. 1 Pzp i obliguje Izbę do umorzenia postępowania odwoławczego.

Wskazać jednak należy, że zarzuty i żądania stanowią dwie odrębne kategorie prawne, z mocy art. 180 ust. 3 Pzp oraz § 4 ust. 1pkt 6) i 7) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280). Izba przy rozpoznawaniu odwołania związana jest wyłącznie zarzutami, nie zaś żądaniami odwołania zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp. Skoro zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania w całości, zobowiązany jest po umorzeniu postępowania odwoławczego do zmiany treści siwz zgodnie z żądaniami wynikającymi z treści odwołania. Przeciwnie działanie narusza art. 186 ust. 2 zd. 2 Pzp. Zmiana treści odpowiedzi jest nową czynnością dokonaną przez zamawiającego w postępowaniu. Zarzuty podniesione wobec dokonanej po umorzeniu postępowania zmianie mogą zostać rozpoznane przez Izbę w ramach kolejnego postępowania odwoławczego.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 186 ust. 2 zd. 1 Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 192 ust. 1 zd. 2 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 1 *in initio* 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).

.....