

POSTANOWIENIE

z dnia 4 marca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

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

Protokolant: **Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron w dniu **4 marca 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia **20 lutego 2013 r.** przez wykonawcę: **Skanska S.A. ul. Zajęczka nr 9, 01-518 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Wyższa Szkoła Oficerska Sił Powietrznych ul. Dywizjonu 303 nr 12, 08-521 Dęblin**, wobec uwzględnienia w całości zarzutów odwołania,

orzeka:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze i znosi wzajemnie koszty postępowania odwoławczego między stronami.**
- 2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: Skanska S.A. ul. Zajęczka nr 9, 01-518 Warszawa kwoty 10 000,00 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity 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 **Lublinie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Modernizację budynków Wyższej Szkoły Oficerskiej Sił Powietrznych” (Biuletyn Zamówień Publicznych rok: 2013 Nr pozycji: 2911/2013, 3771/2013), dnia 20 lutego 2013 r. zostało wniesione w formie elektronicznej odwołanie przez wykonawcę: Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie, w kopii przekazane zamawiającemu w terminie ustawowym.

Złożenie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia w dniu 15 lutego 2013 r. o czynności odrzucenia oferty odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu: Wyższej Szkole Oficerskiej Sił Powietrznych w Dęblinie naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej zwaną ustawą Pzp, tj.:

„1. Art. 7 ust. 1 ustawy, w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, poprzez niedopełnienie obowiązku starannego zbadania i oceny oferty złożonej przez Odwołującego w zakresie jej zgodności z treścią SIWZ, tj. przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

2. Art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy poprzez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo braku podstawy faktycznej i prawnej oraz pomimo złożenia przez Odwołującego oferty odpowiadającej treści SIWZ,

3. Art. 7 ust. 3 ustawy poprzez udzielenie zamówienia Wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy, którego oferta powinna być sklasyfikowana w kryteriach oceny ofert na kolejnym miejscu - po ofercie Odwołującego,

4. Art. 91 ust. 1 ustawy poprzez uznanie że oferta Odwołującego nie jest ofertą najkorzystniejszą.”

Powołując się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia odwołujący żądał:

1. uwzględnienia odwołania,
2. uznania za nieważną czynności odrzucenia oferty odwołującego,

3. uznania za nieważną czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
4. powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego,
5. w przypadku gdyby do czasu rozpoznania niniejszego odwołania zamawiający zawarł umowę z wybranym wykonawcą, odwołujący wnosił na podstawie art. 192 ust. 3 pkt. 2) lit a) ustawy o unieważnienie tej umowy.

Odwołujący wskazywał, że posiada legitymację do korzystania ze środków ochrony prawnej wyczerpującą materialno - prawną przesłankę z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. W wyniku zarzucanych działań i zaniechań zamawiającego interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia poniósł szkodę, gdyby bowiem zamawiający działał zgodnie z przepisami ustawy, dokonałby wyboru oferty odwołującego, który złożył poprawną, niepodlegającą odrzuceniu ofertę, a która to oferta jeżeli została dopuszczona do oceny ofert wg kryteriów oceny, zyskałaby najwyższą punktację. Odwołujący oświadczył, że niniejszym odwołaniem kieruje swoje zarzuty przeciwko odrzuceniu złożonej oferty (która w rankingu oceny ofert plasowałaby się na pierwszym miejscu), a to powoduje że przy potwierdzeniu przez Krajową Izbę Odwoławczą zasadności zarzutów, oferta odwołującego będzie najkorzystniejszą, a w konsekwencji będzie to oznaczało uzyskanie zamówienia. Tym samym odwołujący w przypadku utrzymania kwestionowanego rozstrzygnięcia poniesie szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego powołanych w petitum przepisów poprzez nieuzyskanie przedmiotowego zamówienia, rozumianą jako uszczerbek majątkowy będący konsekwencją naruszenia i zaniechania zamawiającego.

Poniżej odwołujący przedstawiał następujący wynik oceny jego oferty, gdyby została utrzymana w postępowaniu i dopuszczona do oceny wg kryteriów oceny ofert, oraz wynik oceny oferty wybranej przez zamawiającego jako najkorzystniejsza, w kryteriach oceny opisanych Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (Dział I pkt. 13 oraz pkt. 15 SIWZ):
„*Oceną oferty Odwołującego w kryterium oceny ofert dla Zadania 1: Liczba punktów= $9\ 186\ 071,24\ \text{zł} / 9\ 216\ 644,33\ \text{zł} \times 90\ \text{pkt.} + 15\ \text{m-cy} / 15\ \text{m-cy} \times 10\ \text{pkt.} = 99,7\ \text{pkt.}$ Ocena oferty Odwołującego w kryterium oceny ofert dla Zadania 2: Liczba punktów = $478\ 347,00\ \text{zł} / 478\ 347,00\ \text{zł} \times 90\ \text{pkt.} + 6\ \text{m-cy} / 6\ \text{m-cy} \times 10\ \text{pkt.} = 100\ \text{pkt.}$ Razem zadanie 1 i 2 - $199,7\ \text{pkt.}$ oraz Ocena oferty PBS i KZ ARGUS Sp. z o. o w kryterium oceny ofert dla Zadania 1: Liczba punktów = $9\ 186\ 071,24\ \text{zł} / 9\ 279\ 983,95\ \text{zł} \times 90\ \text{pkt.} + 15\ \text{m-cy} / 15\ \text{m-cy} \times 10\ \text{pkt.} = 99,09\ \text{pkt.}$ Ocena oferty PBS i KZ ARGUS Sp. zo.o. w kryterium oceny ofert dla Zadania 2: Liczba punktów = $478\ 347,00\ \text{zł} / 621\ 765,00\ \text{zł} \times 90\ \text{pkt.} + 6\ \text{m-cy} / 6\ \text{m-cy} \times 10\ \text{pkt.} = 79,24\ \text{pkt.}$ Razem zadanie 1 i 2 - $178,33\ \text{pkt.}$ ” Odwołujący przedstawił uzasadnienie na potwierdzenie zgłaszanych zarzutów oraz żądań.*

Dnia 21 lutego 2013 r. zamawiający przekazał wykonawcom za pośrednictwem faksu kopię niniejszego odwołania i poinformował o możliwości uczestniczenia w postępowaniu odwoławczym. W ustawowym terminie 3 dni, określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił pisemne przystąpienie wykonawca: EDA-SERWIS Sp. z o.o. ul. Stryeńskich 10/101, 02-791 Warszawa.

Dnia 28 lutego 2013 r. zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, (poprzedzoną w dniu 26 lutego 2013 r. faksem), w której oświadczył, że działając na podstawie art. 186 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu wniesionym przez Skanska S.A. i zgodnie z żądaniem odwołującego unieważni czynności: odrzucenia oferty odwołującego, wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokona powtórzenia badania i oceny ofert.

Dnia 27 lutego 2013 r. Prezes Krajowej Izby Odwoławczej wezwał EDA-SERWIS Sp. z o.o. ul. Stryeńskich 10/101, 02-791 Warszawa na podstawie § 13 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48 poz. 280) do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu co do uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu w terminie 3 dni od dnia doręczenia niniejszego wezwania pod rygorem umorzenia postępowania.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, pismem złożonym w dniu 28 lutego 2013 r. EDA-SERWIS Sp. z o.o. ul. Stryeńskich 10/101, 02-791 Warszawa ponownie oświadczył, że „przystępuje do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, tj. niezgodności treści oferty ze wzorem formularza zamieszczonym w SIWZ.”

W odpowiedź na odwołanie zamawiający oświadczył jednocześnie, że na podstawie art. 185 ust. 4 Pzp zgłasza opozycję przeciw przystąpieniu do postępowania odwoławczego przez wykonawcę EDA-SERWIS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, z uwagi na fakt, że nie posiada on interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść [odwołującego]. Opozycję przeciwko przystąpieniu EDA-SERWIS Sp. z o.o. w dniu 1 marca 2013 r. złożył również odwołujący.

W związku z powyższym, w uzasadnieniu zgłoszonych opozycji zamawiający oraz odwołujący stwierdzili, że w dniu 15 lutego 2013 r. wykonawca EDA-SERWIS Sp. z o.o. ul. Stryeńskich 10/101, 02-791 Warszawa został wykluczony z postępowania z uwagi na fakt, że nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Wobec tej czynności nie zostało

wniesione odwołanie i czynność ta stała się prawomocna dnia 21 lutego 2013 r. Tym samym EDA-SERWIS Sp. z o.o. nie jest już uczestnikiem postępowania, a co za tym idzie, nie ma interesu w uzyskaniu określonego rozstrzygnięcia. Zamawiający oraz odwołujący wnosili o umorzenie postępowania odwoławczego.

Odrębnym postanowieniem wydanym w niniejszej sprawie, Izba uwzględniła opozycję zamawiającego oraz odwołującego i postanowiła nie dopuścić zgłaszającego do postępowania odwoławczego wykonawcy EDA-SERWIS Sp. z o.o. ul. Stryjeńskich 10/101, 02-791 Warszawa.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje.

Skuteczne skorzystanie przez którąkolwiek ze stron postępowania odwoławczego z przysługującej jej tzw. czynności dyspozytywnej (uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, cofnięcia odwołania przez odwołującego) – powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozstrzygnięcia zarzutów odwołania.

Izba uznała stanowisko zamawiającego wynikające z odpowiedzi na odwołanie za niebudzące wątpliwości oświadczenie woli uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Przepis art. 186 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie także na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron i uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili 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.

Niedopuszczenie do postępowania odwoławczego wykonawcy zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego – ma ten skutek – jakby przystąpienie nie zostało dokonane.

Wobec stwierdzenia, że zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie przystąpił skutecznie żaden wykonawca, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 2 w zw. z art. 192 ust. 1 zdanie 2 ustawy Pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba miała na uwadze okoliczność, że uwzględnienie w całości zarzutów odwołania nastąpiło przed otwarciem

wyznaczonego posiedzenia z udziałem stron, zatem z mocy art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp koszty znoszą się wzajemnie między stronami. Jednocześnie Izba nakazała dokonanie na rzecz odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonego wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczenia (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....