Sygn. akt KIO 1657/19

POSTANOWIENIE
z dnia 9 września 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu w dniu 9 września 2019 roku w Warszawie, na posiedzeniu niejawnym z udziałem Stron, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 sierpnia 2019 roku przez wykonawcę A. S.-J prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budownictwa Ogólnego „DROBUD" A. S.-J. z siedzibą w Opolu

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Specjalistyczny Szpital im. ks. Biskupa Józefa Nathana w Branicach

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.

2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy A. S.-J. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budownictwa Ogólnego „DROBUD" A. S.-J. z siedzibą w Opolu kwoty 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej wniesiony wpis.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Opolu.

Sygn. akt: KIO 1657/19

Zamawiający - Specjalistyczny Szpital im. ks. Biskupa Józefa Nathana w Branicach - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, na wykonanie robót budowlanych pod nazwą „Budowa kanalizacji

sanitarnej i deszczowej na terenie Specjalistycznego Szpitala w Branicach wraz

z zagospodarowaniem terenu".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu

31 lipca 2019 roku pod numerem 580932-N-2019.

Odwołujący w dniu 26 sierpnia 2019 roku wniósł odwołanie wobec czynności

i zaniechań Zamawiającego w postępowaniu. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości oraz naruszenie innych pozostających w związku z art. 7 ustawy przepisów, tj.:

1) art. 24 ust. 1 pkt 16 lub pkt 17 ustawy przez bezpodstawne, bezzasadne i niezgodne z ustawą zaniechanie wykluczenia wykonawcy - K. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą KAZEX K. S., Głubczyce (dalej: „KAZEK"), z uwagi na wprowadzenie przez tego wykonawcę Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego

w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W świetle powyższego mogło dojść

do ewentualnego naruszenia art. 26 ust. 3 lub ust. 4 ustawy w zakresie zaniechania wezwania KAZEX do wyjaśnień w zakresie złożonych dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu;

2) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy przez bezpodstawne, bezzasadne i niezgodne z ustawą

zaniechanie wykluczenie KAZEX z uwagi na nie potwierdzenie przez tego

wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu w określonych w punkcie 4 rozdział V Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej zwanej: „SIWZ")

w zakresie wykazania:

a) wykonania minimum 2 robót budowlanych odpowiadających swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia (tj. budowie kanalizacji sanitarnej),

b) dysponowania kierownikiem robót budowlanych posiadającego uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych, lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów,

w tym względzie doszło do ewentualnego naruszenia art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy w zakresie zaniechania stosownym wyjaśnień lub uzupełnień;

3) art. 89 ust. 1 pkt 7b z zw. z art. 45 ust. 3 ustawy przez zaniechanie czynności odrzucenia z postępowania oferty wykonawcy KAZEX ze względu na wniesienie przez KAZEX wadium po upływie terminu składania ofert w postępowaniu;

4) art. 90 ust. 1a w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. art. 90 ust. 3 ustawy przez zaniechanie czynności wezwania wykonawcy KAZEX do złożenia wyjaśnień i dowodów dotyczących wyliczenia ceny jego oferty, której wartość jest niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert złożonych w postępowaniu, a w konsekwencji zaniechania czynności odrzucenia z Postępowania oferty wykonawcy KAZEX pomimo, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę;

5) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 i 16 lub 17, art. 89 ust. 1 pkt 7b w zw. z art. 45 ust. 3 i 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy przez wybór oferty KAZEX jako najkorzystniejszej w postępowaniu, pomimo że oferta ta powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 i pkt 7b ustawy oraz została wniesiona przez wykonawcę KAZEX, który powinien podlegać wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 i 16 lub 17 ustawy;

6) art. 91 ust. 1 ustawy przez zaniechania dokonania czynności polegającej na wyborze oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu pomimo, że oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, spośród ofert złożonych w postępowaniu, a nie podlegających odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty KAZEX jako

najkorzystniejszej;

2) wezwanie wykonawcy KAZEX do złożenia wyjaśnień i dowodów dotyczących sposobu wyliczenia ceny;

3) powtórzenia stosownych czynności w zakresie prawidłowej oceny ofert;

4) odrzucenie oferty KAZEX w postępowaniu z tego względu, że rażąco niską cenę,

na podstawie 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy,

5) odrzucenie oferty KAZEX w postępowaniu ze względu na wniesienie przez KAZEX wadium po upływie terminu składania ofert w postępowaniu, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b w zw. z art. 45 ust. 3 ustawy,

6) wykluczenie wykonawcy KAZEX z postępowania ze względu na wprowadzenie Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego oraz ze względu na niepotwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 i 16 lub 17 ustawy,

7) dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu na podstawie ustalonych w SIWZ kryteriów oceny ofert, przy uwzględnieniu konsekwencji wynikających z powtórnej oceny ofert.

Zamawiający, co wynika z pisma z dnia 28 sierpnia 2019 roku przesłanego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w tym samym dniu, zamieścił kopię odwołania przekazał wykonawcy biorącemu udział w postepowaniu w dniu 28 sierpnia 2019 roku (w postepowaniu zostały złożone dwie oferty).

W dniu 8 września 2019 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo

Zamawiającego z dnia 8 września 2019 roku zawierające oświadczenie o treści

„Na podstawie art. 186 ust. 1 i 2 ustawy z 29.01.2004 - Prawo zamówień publicznych (...) zamawiający wnosi odpowiedź na odwołanie złożone przez odwołującego Zakład Budownictwa Ogólnego „Drobud" A. S.-J. ul. Kępska 10, 45-129 Opole Zamawiający uwzględnia zarzuty odwołującego się w całości." Zamawiający wskazała w piśmie również jakie czynności wykonuje. Podał również, że do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca i wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego. Zamawiający powiadomił wykonawców o uwzględnieniu zarzutów odwołania.

Wobec ustalenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione

w odwołaniu - takie oświadczenie złożył w piśmie - oraz braku zgłoszenia do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przystąpień do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego na dzień wydawania postanowienia, Izba stwierdziła, że zaszły przesłanki do umorzenia postępowania odwoławczego zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy.

Izba wskazuje, że zgodnie z treścią art. 186 ust. 2 zdanie drugie ustawy w przypadku umorzenia postępowania przez Izbę na skutek uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Zaznaczyć należy, że Izba na posiedzeniu niejawnym dokonuje niezbędnych czynności formalnoprawnych i sprawdzających oraz w zależności od poczynionych ustaleń faktycznych miedzy innymi wydaje postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego (§ 13 ust. 2 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, Dz. U. 2018 poz. 1092 ze zmianami).

Zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy w przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron. Izba nie mogła uwzględnić wniosku Zamawiającego o umorzenie postepowania na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron, bowiem złożenie oświadczenia

o uwzględnieniu zarzutów odwołania Zamawiający dokonał w dniu 8 września 2019 roku (niedziela) w godzinach wieczornych (godzina 20:49) co uniemożliwiało zniesienie terminu posiedzenia z udziałem stron wyznaczonego na 9 września 2019 roku (poniedziałek) godzina 13:00.

Izba umarzając postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym na skutek uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów odwołania nie dokonuje oceny czynności, które ewentualnie w piśmie zawierającym oświadczenie o uwzględnieniu odwołania wskazywałby Zamawiający tj. Izba nie ocenia czynności jakie wykonał, wykonuje bądź jakich zapowiada wykonanie Zamawiający w związku z uwzględnieniem zarzutów odwołania. Zamawiający również nie ma obowiązku przedstawiania takich informacji w piśmie zawierającym oświadczenie o uwzględnieniu zarzutów odwołania w całości. Przepis ustawy uzależnia możliwość umorzenia postępowania przez Izbę, w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania w całości przez Zamawiającego, jedynie od tego, czy w postępowaniu zostało skutecznie wniesione zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego. Umarzając postępowanie odwoławcze Izba nie rozstrzyga merytorycznie o zarzutach odwołania, tym samym nie może oddalić odwołania. Natomiast ww. przepis ustawy określa katalog czynności jakich w wyniku uwzględnienia w całości zarzutów odwołania ma dokonać Zamawiający.

Sposób wykonania czynności przez Zamawiającego zgodnie z art. 186 ust. 2 zdanie drugie ustawy może podlegać ocenie w odrębnym postępowaniu odwoławczym.

Oświadczenie Zamawiającego zawarte w piśmie z dnia 8 września 2019 roku jednoznacznie wskazuje, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty odwołania jak również wniósł o jego umorzenie. Mając na uwadze powyżej zamieszczoną argumentację prawną Izba podkreśla, że oświadczenie o uwzględnieniami zarzutów odwołania w całości jest jednoznaczne.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10, 186 ust 6 pkt 1 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 1 pkt 1 lit a i b w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu

(Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego o zasadzenie kosztów postępowania z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika. W oparciu o przywołane powyżej przepisy w sposób jednoznaczny należy uznać, że w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego z uwagi na uwzględnienie zarzutów odwołania w całości - takie uwzględnienie miało miejsce w tej sprawie - Izba orzeka o dokonaniu zwrotu Odwołującemu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu albo zasądza koszty od Zamawiającego na rzecz Odwołującego, jeżeli uwzględnienie w całości zarzutów odwołania nastąpiło po otwarciu rozprawy. Zasądzenie kosztów od Zamawiającego na rzecz Odwołującego, zgodnie z tą regulacją, nie jest możliwe, gdy uwzględnienie zarzutów odwołania nie nastąpiło na rozprawie.

Przewodniczący: .....