

Sygn. akt: KIO 1062/12

POSTANOWIENIE
z dnia 8 czerwca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron w dniu 5 września 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 maja 2012 r. przez wykonawcę ECO-ABC spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Bełchatowie w odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 maja 2012 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowe Musli Klex spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Kielcach w postępowaniu prowadzonym przez Jednostkę Wojskową Nr 4229 we Wrocławiu

przy udziale KOOPEROL spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Zdunach, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego Przedsiębiorstwa Produkcyjno – Handlowego Musli Klex spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Kielcach kwoty 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych, zero groszy), stanowiącej równowartość wpisu uiszczonego przez Odwołującego.

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 we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „*dostawę konserw warzywno-mięsnych, konserw mięsnych oraz konserw mięsno-tłuszczowych*” z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759 ze zm.) wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 marca 2012r., pod nr 2012/S 55-089652).

Odwołujący w dniu 15 maja 2012 r. otrzymał informację o wyniku postępowania, w tym o wyborze w części 1 zamówienia oferty złożonej przez KOOPEROL spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Zdunach, zaś w dniu 25 maja 2012 r. wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, polegających na: zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy KOOPEROL sp. z o.o. w Zdunach, z powodu przedstawienia decyzji PCW dla wyrobu kapusta biała z mięsem oraz paprykarz łowicki, które nie potwierdzają opisanego warunku przedmiotowego; zaniechaniu wezwania tego wykonawcy, gdyż załączona do oferty nie potwierdza spełnienia opisanego warunku w specyfikacji istotnych warunków zamówienia o zdolności finansowej oraz dokonaniu wyboru oferty tego wykonawcy który nie spełnił wymogów opisanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący zarzucił naruszenie art. 7 ust. 3, art. 26 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, wnosząc o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia decyzji w sprawie wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert w wyniku których Zamawiający dokona odrzucenia oferty wykonawcy KOOPEROL Sp. z o.o. za niespełnienie warunku przedmiotowego odnoszącego się do wymaganych certyfikatów dla wyrobu kapusta biała z mięsem oraz paprykarz łowicki, a w przypadku nie uznania tego zarzutu za zasadnego, wezwania w/w wykonawcy do uzupełnienia opinii bankowej w zakresie opisanego warunku w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W uzasadnieniu Odwołujący podał, iż:

1. wykonawca KOOPEROL sp. z o.o. w Zdunach złożył wraz z ofertą opinię banku z dnia 18.04.2012 r. z której nie wynika, że posiada środki lub zdolność kredytową w wymaganej wysokości - w opinii bank ograniczył się do zapisu o średniej miesięcznej kwocie ośmiocyfrowej wpływu na konto w okresie ostatnich sześciu miesięcy, zapis taki nie potwierdza w żaden sposób dysponowania wymaganą kwotą, gdyż wskazanie okresu

dłuższego niż wymagany do ważności wydanej opinii bankowej (3 miesiące) pozwala domniemywać, że w okresie wymaganym wykonawca mógł nie dysponować wymaganą kwotą z uwagi na konsolidację środków w okresie starszy niż dopuszczalne trzy miesiące przed terminem składania ofert. Ponadto ograniczenie zapisu w opinii tylko do wielkości wpływu środków bez podania informacji jaki był w tym okresie wpływ środków z konta, tak wydana opinia dezinformuje zamawiającego o posiadanych środkach. Biorąc pod uwagę, że jest to dokument, który w opisanych okolicznościach podlegał obowiązkowemu uzupełnieniu przez wykonawcę, zamawiający zaniechał wykonania tej czynności i dopuścił do udziału w postępowaniu wykonawcę który nie spełnia opisanego warunku.

2. wykonawca KOOPEROL do złożonej oferty nie załączył wymaganych certyfikatów zgodności wyrobu na kapustę białą z mięsem oraz paprykarz łowicki. Wykonawca na wezwanie do uzupełnienia dokumentów, w terminie wyznaczonym uzupełnił dwie decyzje z Pracowni Certyfikacji Wyrobów na wymagane wyroby. Z uzupełnionych decyzji bezspornie wynika, że wyrobom przyznano wymagany certyfikat zgodności ale fizyczne wydanie wymaganego certyfikatu nastąpi dopiero po podpisaniu umowy i uregulowaniu należności przez KOOPEROL z PCW czyli w bliżej nie określonym czasie, a zgodnie z zapisami art. 26 ust. 3 ustawy dokument uzupełniony ma potwierdzać spełnienie warunku w tym przypadku przedmiotowego na dzień składania ofert. Uzupełnione dokumenty zostały wydane w dniu 10.05.2012 r. i nie potwierdzają posiadania wymaganego certyfikatu zgodności na dzień 27.04.2012 r. (termin składania ofert).

3. odwołujący powołał się na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 września 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 854/08, w którym stwierdzono: *„Przesłanki odrzucenia ofert czy wykluczenia Wykonawcy z postępowania są przesłankami bezwzględnie obowiązującymi i mogą aktualizować się na każdym etapie postępowania. Dokumenty przedstawiane na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu winny w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości potwierdzać spełnienia wymagań określonych przez Zamawiającego. Dokumenty na podstawie, których dokonuje się kwalifikacji wykonawców do udziału w postępowaniu nie powinny pozostawiać dowolności interpretacyjnych, a wynikające z nich potwierdzenie spełnienia warunków nie można oprzeć na domniemaniach i przypuszczeniach. Przepis art. 26 ust. 3 p.z.p. ma charakter wyjątkowy i należy traktować go literalnie, zaś żądanie uzupełnienia dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 jest czynnością jednokrotną i nie może być stosowane powtórnie w stosunku do tego samego dokumentu.”* A także z dnia 25 września 2009 r. sygn. akt: KIO/UZP 1148/09: *„To na wykonawcy ciąży obowiązek zastosowania się do wezwania zamawiającego do uzupełnienia dokumentów. Jeżeli wykonawca nie spełni tego obowiązku nie może później żądać ponownego wystosowania przez zamawiającego takiego żądania, aby kolejny raz przeprowadzić czynność uzupełnienia dokumentów.”*;

4. ciężar dowodu wykazania spełniania warunku spoczywał na wykonawcy wezwanym do uzupełnienia, a z dokumentów przedłożonych przez KOOPEROL w odpowiedzi na wezwanie wynika jednoznacznie, iż moment, na który zostały one wystawione - nie poświadczają one, iż KOOPEROL spełniał warunek udziału w postępowaniu i brak jest możliwości wezwania do uzupełnienia tego samego dokumentu (Certyfikatów zgodności wyrobu). Przyjęcie innej wykładni byłoby sprzeczne podstawowymi zasadami prawa zamówień publicznych, jak np. równe traktowanie wykonawców. Powyższe znajduje swoje potwierdzenie w wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 5 lutego 2007 r.: *"Zdaniem Sądu Okręgowego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy zamawiający może uznać brakujące dokumenty uzupełnione później, jednakże tylko wtedy, gdy wynika z nich, że stan, jaki potwierdzają, istniał także na dzień składania ofert. Przeciwny pogląd prowadziłby do naruszenia zasady równego traktowania wszystkich uczestników postępowania, co tym samym uniemożliwiłoby zamawiającemu ocenę spełnienia przez wszystkich wykonawców warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert."*

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił KOOPEROL spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zdunach, wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego.

Pismem doręczonym Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 czerwca 2012 r. zamawiający oświadczył, iż, uwzględnia wszystkie zarzuty odwołania. Zamawiający oświadczył, iż w dniu 24 czerwca 2012 r. wykonał żądania zawarte w odwołaniu – unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzył czynność badania i oceny ofert, oraz odrzucił ofertę KOOPEROL spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Zdunach jako niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Zamawiający podał także, że na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy unieważnił postępowanie w zakresie części 1 ponieważ cena najkorzystniejszej oferty, to jest oferty odwołującego przewyższa kwotę którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Zamawiający wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego.

Wykonawca KOOPEROL spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zdunach został w dniu 5 czerwca 2012 r. wezwany przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do złożenia oświadczenia w przedmiocie sprzeciwu co do uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, w terminie 3 dni od dnia doręczenia wezwania.

W dniu 6 czerwca 2012 r., wykonawca KOOPEROL spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zdunach oświadczył, iż nie wnosi sprzeciwu co do uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

W związku z faktem, iż przed otwarciem rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą wyznaczonego w celu rozpatrzenia odwołania, Zamawiający uwzględnił wszystkie zarzuty odwołania, uznano, że zaszyły podstawy do umorzenia postępowania.

Zgodnie z treścią art. 186 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, jeśli wykonawca, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Zatem mając na uwadze, że:

1. zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu,
2. wykonawca, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu,

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 rozprawy, zatem koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych, orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczanego przez Odwołującego z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 2 a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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: