

POSTANOWIENIE

z dnia 7 stycznia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu **7 stycznia 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2014 r.

przez wykonawcę: **Park-M sp. z o.o. z siedzibą w Starym Sączu**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Rewitalizacja Bulwaru Ksawerego Dunikowskiego we Wrocławiu w podziale na zadania*

prowadzonym przez zamawiającego: **Zarząd Inwestycji Miejskich we Wrocławiu**

postanawia:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze.**
- 2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Park-M sp. z o.o. z siedzibą w Starym Sączu** kwoty **10000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) – uiszczonej przez powyższego odwołującego tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 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 we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Inwestycji Miejskich we Wrocławiu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „pzp”}, postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. *Rewitalizacja Bulwaru Ksawerego Dunikowskiego we Wrocławiu w podziale na zadania*. Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało zamieszczone 17 października 2014 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 221535-2014. Wartość przedmiotowego zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

23 grudnia 2014 r. Odwołujący – Park-M sp. z o.o. z siedzibą w Starym Sączu {spółka zwana również dalej w skrócie „Park-M”} wniósł – w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego certyfikatu – do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 24 ust. 2 pkt. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 5 – przez wykluczenie z udziału w postępowaniu i odrzucenie oferty Odwołującego, w związku z uznaniem przez Zamawiającego, że Odwołujący złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania.
2. Art. 26 ust. 3 – przez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia braków oferty w sytuacji, w której – w ocenie Zamawiającego – Odwołujący nie złożył dokumentów potwierdzających posiadanie wymaganej wiedzy i doświadczenia.
3. Art. 91 ust. – przez: (1) dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy NAVIMOR-INVEST S.A. z siedzibą w Gdańsku, podczas gdy oferta ta powinna zostać sklasyfikowana jako druga na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia {zwanej również dalej w skrócie: „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}; (2) zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej spośród ofert nie podlegających odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty.
2. Dokonania ponownego badania ofert w sposób zgodny z przepisami pzp prawa zamówień publicznych oraz wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący sprecyzował zarzuty przez wskazanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych, które jego zdaniem uzasadniają wniesienie odwołania.

Odwołujący zrelacjonował, że w rozdziale V pkt 1.6. SIWZ, dotyczącym wymagań w zakresie wiedzy i doświadczenia, Zamawiający podał, że warunek uzna za spełniony, jeżeli wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia wykażą, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali minimum 2. roboty budowlane polegające na budowie lub przebudowie zagospodarowania terenu z elementami zieleni, z chodnikami oraz drogami wraz z infrastrukturą (kanalizacją sanitarną, siecią wodociągową, oświetleniem). Jednocześnie Zamawiający poinformował, że uzna spełnienie powyższego warunku, gdy wykonawca potwierdzi wykonanie podanych zakresów robót budowlanych w jednym zadaniu lub zadaniach oddzielnych, które łącznie potwierdzają wymagane doświadczenie wykonawcy. Zamawiający nie wskazał przy tym wartości minimalnych dla robót referencyjnych.

W załączniku nr 6 do oferty Odwołujący wskazał dwie wykonane roboty: w poz. 1 – modernizację Parku im. Adama Mickiewicza w Nowym Targu, w poz. 2 – budowę kompleksu sportowo-rekreacyjnego oraz parkingu Konstancinie- Jeziornie. Odnośnie zakresu robót w Nowym Targu Odwołujący wskazał, że w ramach tego zadania wykonał chodniki, drogi, oświetlenie, przyłącza i instalacje wod.-kan., w tym kanalizację sanitarną oraz małą architekturę i zielen. Odnośnie zakresu robót w Konstancinie-Jeziornie Odwołujący wskazał, że w ramach tego zadania wykonał chodniki, drogi, oświetlenie, przyłącza i instalacje wod.-Kan. (bez wskazywania kanalizacji sanitarnej), małą architekturę, zielen. Na potwierdzenie wykonania robót Odwołujący przedstawił referencje zamawiających, potwierdzające, że roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujące, że zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

W ogłoszeniu z 18 grudnia 2014 r. w przedmiocie rozstrzygnięcia przetargu Zamawiający zawiadomił o wykluczeniu Odwołującego z udziału postępowaniu w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp, gdyż Odwołujący podała nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania.

Pismem z 18 grudnia 2014 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o wykluczeniu z postępowania, podając w uzasadnieniu, że Odwołujący w wykazie robót wskazał, że w ramach budowy kompleksu sportowo-rekreacyjnego wraz z parkingiem w Konstancinie-Jeziornie wykonał przyłącza i instalacje wodno-kanalizacyjne, a tymczasem inwestor tego zadania, tj. Gmina Konstancin-Jeziorna poinformowała Zamawiającego – w odpowiedzi na jego wniosek o potwierdzenie zgodności treści listu referencyjnego oraz zrealizowanego zakresu – że w zakres wykonanych robót nie wchodziło wykonanie przyłącza jak i instalacji wodno-kanalizacyjnych (potwierdzając jednocześnie, że w zakresie zamówienia zrealizowana została kanalizacja deszczowa).

W ocenie Odwołującego, choć informacja Gminy Konstancin-Jeziorna pozostawała tym samym w sprzeczności: wewnętrznej – skoro wykonano kanalizację deszczową nie można jednocześnie twierdzić, że zakres prac nie obejmował instalacji wod.-kan., z zakresem faktycznie zrealizowanym przez Park-M Sp. z o.o. w ramach zamówienia, na tej podstawie Zamawiający wykluczył Odwołującego, zamiast wyjaśnić powstałe sprzeczności.

Przede wszystkim Odwołujący podniósł, że w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ Zamawiający jednoznacznie informował, że uzna warunek posiadania wiedzy doświadczenia za spełniony, jeżeli wymienione szczegółowe zakresy robót, takie jak budowa lub przebudowa zagospodarowania terenu z elementami zieleni, z chodnikami oraz drogami wraz z infrastrukturą (kanalizacją sanitarną, siecią wodociągową, oświetleniem), będą wykonane w jednym zadaniu lub w zadaniach oddzielnych, które łącznie potwierdzą wymagane doświadczenie wykonawcy. Użycie takiego sformułowania wraz ze spójnikiem „lub” (alternatywy łącznej) oznacza według Odwołującego, że wystarczającym jest wykazanie się wszystkimi tymi robotami szczegółowymi w jednym z dwóch zadań referencyjnych, jak również część tych robót może się pojawić w jednym zadaniu, część w drugim zadaniu, a także może być tak, że wykonawca wskaże dwa zadania, w ramach których wykonywał wszystkie roboty szczegółowe. Odwołujący wskazał, że wykazała się jedną pozycją tj. modernizacją Parku im. Adama Mickiewicza w Nowym Targu, w ramach której wykonała wszystkie wymagane przez Zamawiającego roboty szczegółowe oraz jedną pozycją, w ramach której wykonała część robót szczegółowych (tzn. wszystkie z wyjątkiem kanalizacji sanitarnej).

W związku z powyższym fakt wykonywania bądź niewykonywania w Konstancinie-Jeziornie robót związanych z instalacją kanalizacji sanitarnej nie miał żadnego wpływu na wykazanie się wiedzą i doświadczeniem wymaganym przez Zamawiającego, a tym samym nie miał wpływu na wynik postępowania. W konsekwencji twierdzenie Zamawiającego, że informacje w zakresie kanalizacji deszczowej wykonanej przez Odwołującego w Konstancinie-Jeziornie miały wpływ na wynik postępowania, jest błędne i bezpodstawne.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podniósł, że nie złożył w przedmiotowym postępowaniu nieprawdziwych informacji związanych z realizacją prac w Konstancinie-Jeziornie. W załączniku nr 6 wskazano wykonanie prac w zakresie przyłącza i instalacji wod.-kan., gdyż Odwołujący wykonywał tam kanalizację deszczową dla obiektu i przyłączenie tej kanalizacji do istniejącej instalacji kanalizacji deszczowej oraz przebudowę hydrantu (jako elementu sieci wodociągowej). W żadnym miejscu swojego oświadczenia Odwołujący nie twierdził, że wykonywała instalację kanalizacji sanitarnej (a tylko taka była wymagana w doświadczeniu). Dla Odwołującego nie budzi żadnych wątpliwości, że taki zakres robót jak najbardziej mieści się w pojęciu „przyłącza i instalacje wod.-kan.” podanym

w wykazie robót. Odwołujący podkreślił również, że określając zakres wymaganej wiedzy i doświadczenia w rozdziale V pkt 1.6. Zamawiający wskazał, że oczekuje wykazania się doświadczeniem w budowie lub przebudowie, a nadto zdefiniował, co rozumie pod każdym z tych pojęć. Mając na uwadze użyty przez Zamawiającego spójnik alternatywy łącznej, zarówno wykazanie się budową, jak i przebudową instalacji wodociągowej i kanalizacyjnej było wystarczającym dowodem na posiadanie wymaganej wiedzy i doświadczenia. Odwołujący wykonał w ramach inwestycji z poz. 1 budowę instalacji wodociągowej i budowę instalacji kanalizacji sanitarnej, zaś w ramach inwestycji z poz. 2 wykonał budowę kanalizacji deszczowej oraz przebudowę hydrantu na istniejącej instalacji wodociągowej.

Ponadto Odwołujący podniósł, że jeżeli Zamawiający, błędnie odczytując zapisy własnej SIWZ, oczekiwał wykazania się wiedzą i doświadczeniem w wykonaniu wszystkich zakresów szczegółowych robót w ramach każdej z dwóch inwestycji referencyjnych, po stwierdzeniu, że Odwołujący się w Konstancinie-Jeziornie wykonał prace związane z budową kanalizacji deszczowej, a nie wymaganej kanalizacji sanitarnej, powinien był wezwać Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, stosownie do art. 26 ust. 3 ustawy pzp, czego Zamawiający nie zrobił. Odwołujący oświadczył, że jako firma posiadająca bogate doświadczenie jest w stanie przedstawić referencje z kilku innych inwestycji, dotyczących budowy lub przebudowy zagospodarowania terenu z elementami zieleni, z chodnikami oraz drogami wraz z infrastrukturą (kanalizacją sanitarną, siecią wodociągową, oświetleniem) wykonanych w ostatnich 5 latach przed upływem terminu do składania ofert.

Pismem z 31 grudnia 2014 r. Zamawiający poinformował Izbę, że 22 grudnia 2014 r. przesłał drogą elektroniczną kopię odwołania pozostałym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu, wzywając ich jednocześnie do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, że do Prezesa Izby nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w tej sprawie.

29 grudnia 2014 r. faksem {co zostało 30 grudnia 2014 r. potwierdzone pisemnie} wpłynęła do Izby odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający oświadczył, że uwzględni zarzuty przedstawione w odwołaniu w całości. W związku z powyższym wnosi o: 1) umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 186 ust. 2 pzp, w związku z uwzględnieniem zarzutów przedstawionych w odwołaniu i brakiem przystąpienia pozostałych wykonawców do postępowania odwoławczego; 2) wzajemne zniesienie kosztów postępowania odwoławczego, stosownie do art. 186 ust. 6 pkt 1 pzp, w związku z uwzględnieniem zarzutów odwołania w całości przed otwarciem rozprawy.

W uzasadnieniu Zamawiający w szczególności podał, że 22 grudnia 2014 r. otrzymał, w uzupełnieniu pisma opisanego w odwołaniu, kolejne pismo z Gminy Konstancin-Jeziorna, w którym wyjaśniono, że zakres robót budowlanych wykonanych przez Park-M obejmował *usunięcie kolizji projektowanej drogi dojazdowej do miejsc parkingowych z istniejącym hydrantem naziemnym poprzez przebudowę przyłącza wodociągowego w zakresie niezbędnym do wymiany przedmiotowego hydrantu na hydrant podziemny*. Zdaniem Zamawiającego potwierdza to wykonanie robót budowlanych związanych z przebudową sieci wodociągowej, a tym samym potwierdza spełnianie przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy 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.

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

Zamawiający w piśmie z 29 grudnia 2014 r. w sposób niebudzący wątpliwości wyraził wolę uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Jednocześnie po stronie Zamawiającego do postępowania nie przystąpił żaden wykonawca.

Izba zważyła, że dla wywarcia skutku w postaci umorzenia postępowania odwoławczego konieczne i wystarczające jest uwzględnienie przez Zamawiającego w całości zarzutów zawartych w odwołaniu. Natomiast dalsze czynności, które Zamawiający podejmie w celu uczynienia zadość żądaniom odwołania, pozostają poza kognicją Izby w ramach ustalenia zaistnienia przesłanki umorzenia postępowania odwoławczego. Tym niemniej należy przypomnieć, że art. 186 ust. 2 zd. drugie ustawy pzp nakazuje Zamawiającemu w takim przypadku w prowadzonym postępowaniu wykonać, powtórzyć lub unieważnić czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Wobec stwierdzenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a po jego stronie nie przystąpił żaden wykonawca, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 2 w zw. z art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, że ponieważ uwzględnienie w całości zarzutów odwołania nastąpiło przed otwarciem posiedzenia, z mocy art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu kwoty uiszczonej tytułem 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 rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: