

Sygn. akt: KIO 1795/15

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 1 września 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk**

wobec cofnięcia w dniu 1 września 2015 r., przed otwarciem rozprawy, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 sierpnia 2015 r. przez **Odwołującego – Fondlar Sp. z o.o., Plac Solny 14/3, 50-062 Wrocław**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Dolnośląski Park Innowacji i Nauki S.A., ul. E. Kwiatkowskiego 4, 52-326 Wrocław**,

**postanawia:**

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze;**
2. nakazać zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Odwołującego – Fondlar Sp. z o.o., Plac Solny 14/3, 50-062 Wrocław** – kwoty **13 500 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczonego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 – Dolnośląski Park Innowacji i Nauki S.A. z siedzibą we Wrocławiu – prowadził na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 ze zm.) – dalej: Pzp; postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę, montaż i uruchomienie urządzeń aktywnych wraz z systemem zasilania energetycznego i klimatyzacji oraz system monitoringu wizyjnego dla Dolnośląskiej Sieci Szerokopasmowej.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 sierpnia 2015 r., pod nr 2015/S 154-283860.

W dniu 19 sierpnia 2015 r. Odwołujący – Fondlar Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec treści ogłoszenia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 41 pkt 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zamieszczenia w treści ogłoszenia opisu sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 2) art. 25 ust. 1 ustawy Pzp oraz § 1 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane poprzez wadliwie sporządzenie opisu sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie odnoszącym się do osób zdolnych do wykonania zamówienia;
- 3) art. 25 ust. 1 ustawy Pzp oraz § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane poprzez żądanie przedłożenia przez wykonawców dokumentu na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu niewymienionego w treści rozporządzenia.

Odwołujący wskazał, że powyższe naruszenia ustawy Pzp godzą w wyrażoną w art. 7 ustawy Pzp zasadę uczciwej konkurencji uniemożliwiając lub też utrudniając Odwołującemu złożenie oferty.

Na podstawie powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania odpowiedniej modyfikacji postanowień ogłoszenia

oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób określony w dalszej części odwołania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł zagadnienia wstępne, w których wskazał na okoliczności nieobjęte zarzutami odwołania, ale mające istotne znaczenie dla ważności umowy w sprawie zamówienia publicznego, która ma być zawarta w następstwie, niniejszego postępowania. Przytoczono m.in., że przedmiotem zamówienia w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu jest dostawa, montaż i uruchomienie urządzeń aktywnych wraz z systemem zasilania energetycznego i klimatyzacji oraz system monitoringu wizyjnego dla Dolnośląskiej Sieci Szerokopasmowej (dalej: „DSS”). Jest to projekt objęty dofinansowaniem ze środków wspólnotowych w ramach projektu pod nazwą „Likwidacja obszarów wykluczenia informacyjnego i budowa dolnośląskiej sieci szkieletowej” ujętego w Regionalnym Programie Operacyjnym dla województwa dolnośląskiego na lata 2007-2013. Województwo Dolnośląskie ogłoszeniem z dnia 23 lipca 2014 roku zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych ,{nr ogłoszenia 160589 — 2014) wszczęło postępowanie w sprawie koncesji na usługi pn. pełnienie funkcji Operatora Infrastruktury Dolnośląskiej Sieci Szerokopasmowej, w tym rozbudowę i eksploatację sieci. Przedmiotem postępowania, oprócz zarządza siecią w modelu koncesyjnym, była także dostawa, montaż i uruchomienie urządzeń dla DSS. W dniu 9 grudnia 2015 roku Województwo dokonało wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez spółkę Fondlar Sp. z o.o. Województwo pomimo uprawomocnienia się tego wyboru podjęło następnie próbę odwołania postępowania koncesyjnego, co zostało skutecznie zakwestionowane przed Wojewódzkim Sądem Administracyjnym we Wrocławiu. W dniu 14 lipca 2015 roku WSA wydał bowiem wyrok w sprawie o sygn. akt III SA/Wr 376/15 uchylający jako bezprawną czynność Województwa Dolnośląskiego polegającą na odwołaniu przedmiotowego postępowania koncesyjnego. W ocenie Sądu nie istniały podstawy zarówno formalne, jak i merytoryczne odwołania postępowania przetargowego. Umowa z koncesjodawcą nie została jednak zawarta. W dniu 10 czerwca 2015 roku Sąd Okręgowy we Wrocławiu Wydział I Cywilny w sprawie o sygn. akt ICo 248/15 dokonał zabezpieczenia roszczenia spółki Fondlar o zobowiązanie Województwa Dolnośląskiego do złożenia oświadczenia woli o zawarciu pomiędzy stronami umowy koncesji. Sąd uznał zgłoszone roszczenie za uprawdopodobnione udzielając zabezpieczenia, w którym zakazano między innymi wszczynania nowych postępowań przetargowych obejmujących swoim zakresem świadczenia objęte postępowaniem koncesyjnym (w tym wszczynania postępowań prowadzonych na podstawie ustawy Pzp dotyczących w całości lub części przedmiotu koncesji). Pomimo wydania przez Sąd przywołanego powyżej postanowienia zabezpieczającego, w dniu 24 czerwca 2014 roku Zarząd Województwa Dolnośląskiego podjął uchwałę nr 792/V/15 w sprawie powierzenia przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest zakup urządzeń aktywnych

dla DSS2. Przeprowadzenie postępowania zostało powierzone, na podstawie art. 15 ust. 2 ustawy Pzp, Dolnośląskiemu Parkowi Innowacji i Nauki S.A. Powyższe ma o tyle znaczenie, iż przedmiotem niniejszego postępowania przetargowego prowadzonego przez Zamawiającego są właśnie dostawy objęte opisanym powyżej postępowaniem koncesyjnym prowadzonym przez Województwo Dolnośląskie. Wszczęcie przez Dolnośląski Park Innowacji i Nauki S.A. niniejszego postępowania przetargowego stanowi zatem rażące naruszenie postanowienia Sądu Okręgowego z dnia 10 czerwca 2015 roku i godzi tym samym w interesy wybranego koncesjodawcy. W sposób oczywisty powyższa okoliczność ma bezpośredni wpływ na ważność umowy w sprawie zamówienia publicznego zawieranej w następstwie niniejszego postępowania przetargowego. Niezależnie od powyższego, Odwołujący wskazał, że należy niniejsze postępowanie dotknięte jest większą ilością wad, które nie zostały podniesione w formie zarzutu.

Końcowo, w ramach zagadnienia wstępnego, Odwołujący wskazał, że w jego ocenie prowadzenie niniejszego postępowania przetargowego, zarówno ze względu na naruszenie zakazu Sądu Okręgowego z dnia 10 czerwca 2015 roku jak i ze względu na nieusuwalne już wady postępowania nie leży w interesie publicznym. Niezależnie od podnoszonych w dalszej części pisma zarzutów, Odwołujący wskazał, że niniejsze postępowanie przetargowe winno zostać unieważnione.

W dalszej części uzasadnienia odniesiono się już do zarzutów podniesionych w treści odwołania.

Zgodnie z informacją przekazaną przez Zamawiającego odwołanie zostało zamieszczone na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 25 sierpnia 2015 r. Do postępowania, w terminie o którym mowa w art. 185 ust. 2 Pzp, nie wpłynęły przystąpienia.

W dniu 28 sierpnia 2015 r., Zamawiający zawiadomił o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazano, że wobec unieważnienia postępowania, w którym wniesiono odwołanie prowadzenie postępowania odwoławczego jest bezprzedmiotowe i powinno ono zostać umorzone. Zgodnie z treścią załączonego zawiadomienia o unieważnieniu postępowania, Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 i 7 Pzp. W uzasadnieniu wskazano, że okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu zostały potwierdzone przez Województwo Dolnośląskie, a w dniu 28 sierpnia 2015 r. Zarząd Województwa Dolnośląskiego uchylił uchwałę powierzającą prowadzenie niniejszego postępowania Dolnośląskiemu Parkowi Innowacji i Nauki S.A. Wskazano następnie, że niezależnie od merytorycznej oceny zasadności roszczeń Odwołującego, wszystkie te okoliczności, ujawnione po wszczęciu postępowania, nie pozwalają na dalsze prowadzenie postępowania, gdyż wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można

było wcześniej przewidzieć. Unieważnienie postępowania jest także konieczne z uwagi na okoliczność, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, wobec postanowienia Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 10 czerwca 2015 r., sygn. akt I Co 248/15.

W dniu 1 września 2015 r., Odwołujący wskazując na okoliczność unieważnienia postępowania wskazał, że zachodzą tym samym przesłanki do umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 186 ust. 3 Pzp. Jednocześnie oświadczone, że jeżeli w ocenie Izby nie zachodzą przesłanki do umorzenia postępowania na podstawie art. 186 ust. 3 Pzp, Odwołujący działając na podstawie art. 187 ust. 8 Pzp składa oświadczenie o cofnięciu odwołania w związku z unieważnieniem postępowania przetargowego. Oświadczenie o cofnięciu odwołania zostało złożone przed otwarciem posiedzenia i rozprawy.

W ocenie Izby postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu na podstawie 187 ust. 8 Pzp.

Odnośnie alternatywnego wniosku Odwołującego, argumentującego, że Zamawiający uwzględnił najdalej idący wniosek odnoszący się do zaniechania unieważnienia postępowania, należy w pierwszej kolejności wskazać, że przywołany art. 186 ust. 3 Pzp, stanowi, że jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie 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. W niniejszej sprawie po stronie Zamawiającego nie zostały zgłoszone żadne przystąpienia. Zapewne, intencją Odwołującego, było odwołanie się do art. 186 ust. 2 Pzp, w myśl którego 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. W niniejszej sprawie Zamawiający nie złożył jednak oświadczenia o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołania. Fakt unieważnienia postępowania nie może być w tym przypadku utożsamiany ze złożeniem tego rodzaju oświadczenia, które powinno być wyraźne i jednoznaczne. Ponadto, Odwołujący w treści odwołania postawił zarzuty dotyczące treści ogłoszenia i SIWZ oraz żądania ich modyfikacji, a nie żądanie unieważnienia postępowania.

W petitum odwołania nie postawiono zarzutu zaniechania unieważnienia postępowania, a zasadność podjęcia tego rodzaju działań została jedynie zasygnalizowana w ramach przedstawianego przez Odwołującego kontekstu zdarzeń i zagadnień wstępnych, gdzie na początku ich opisu Odwołujący sam zastrzegł, że wskazuje okoliczności nieobjęte zarzutami odwołania. Mając powyższe na uwadze, Izba nie uznała, by w tej sprawie doszło do złożenia oświadczenia o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołania. Podstawą umorzenia postępowania odwoławczego było natomiast złożenie oświadczenia o cofnięciu odwołania.

W związku ze skutecznym cofnięciem odwołania, Izba na podstawie art. 187 ust. 8 Pzp oraz art. 192 ust. 1 Pzp, umorzyła postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie.

O kosztach Izba orzekła stosownie do art. 187 ust. 8 zdanie drugie Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 3 lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 3544), nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu 90% kwoty uiszczzonego wpisu.

**Przewodniczący: .....**