

Sygn. akt: KIO 1872/15

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 7 września 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**  
**Członkowie: Renata Tubisz**  
**Anna Chudzik**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 7 września 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 sierpnia 2015 r. przez **wykonawcę Fortum Power and Heat Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Antoniego Słonimskiego 1a** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – Izbę Skarbową we Wrocławiu, ul. Powstańców Śląskich 24, 26**

**postanawia:**

1. umorzyć postępowanie odwoławcze
2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez **wykonawcę Fortum Power and Heat Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Antoniego Słonimskiego 1a** 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:** .....

**Członkowie:** .....

.....

### **Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na sprzedaż, przesył i dystrybucję energii cieplnej na potrzeby Izby Skarbowej we Wrocławiu oraz 5 urzędów skarbowych na terenie Wrocławia zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 16 czerwca 2015r. za numerem 2015/S 114-206446. W dniu 18 sierpnia 2015r. zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania, w tym o wyborze oferty najkorzystniejszej tj. oferty wykonawcy Elektrociepłownia Andrychów spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Andrychowie, ul. Krakowska 83.

W dniu 28 sierpnia 2015r. na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, zaniechanie wykluczenia wykonawcy wybranego, zaniechanie odrzucenia jego oferty oraz na zaniechanie wezwania wykonawcy wybranego w trybie art. 90 ust. 1 i 87 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późna. zm. poz. 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915 i 1146, 1232 oraz z 2015 r. poz. 349, poz. 478, poz. 605 – dalej ustawy) oraz na zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej odwołanie wniósł wykonawca Fortum Power and Heat Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Antoniego Słonimskiego 1a – zwany dalej odwołującym. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 26 sierpnia 2015r. udzielonego przez dwóch prokurentów ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji odwołującego, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 27 sierpnia 2015r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. przepisu art. 7 ust. 1 ustawy przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
2. przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 36a ust. 1 i 36b ust. 1 ustawy przez ich niezastosowanie i nieodrzućenie oferty Elektrociepłowni Andrychów Sp. z o. o. jako niezgodnej z ustawą, z uwagi na fakt, iż zamówienie - jak wynika z treści oferty ww. wykonawcy - zostanie powierzone podwykonawcom w całości, a nie w części, a nadto ww. oferent nie wskazał w ofercie - mimo żądania zamawiającego - jaką część zamówienia zamierza powierzyć podwykonawcom, co jest niezgodne z ustawą, w związku z czym jego oferta winna zostać odrzućona,
3. przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z art. art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (Dz. U. Nr 153, poz. 1503 tekst jednolity ze zm.), zwanej dalej ustawą ZNK, poprzez ich niezastosowanie i nieodrzućenie oferty Elektrociepłowni Andrychów Sp. z o. o. jako stanowiącej czyn

nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. czyn o którym mowa w art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy ZNK,

4. przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy przez jego niezastosowanie i niewykluczenie wykonawcy Elektrociepłownia Andrychów Sp. z o. o. wskutek złożenia przez ww. oferenta nieprawdziwych informacji co do posiadania uprawnień do wykonywania działalności, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy, gdyż nie posiada on aktualnej taryfy dla ciepła w zakresie działalności, z którą związane jest postępowanie,

5. przepisu art. 90 ust. 1 ustawy poprzez jego niezastosowanie i niedokonanie czynności wezwania Elektrociepłowni Andrychów Sp. z o. o. do udzielenia wyjaśnień oraz przedstawienia dowodów opisanych w ww. przepisie odnośnie ceny, jaką Elektrociepłownia Andrychów Sp. z o. o. wskazała w swojej ofercie,

6. przepisu art. 87 ust. 1 ustawy poprzez jego niezastosowanie i niedokonanie czynności wezwania Elektrociepłowni Andrychów Sp. z o. o. do udzielenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej przez ww. wykonawcę oferty, tj. korzystania przez Elektrociepłownię Andrychów Sp. z o. o. z podwykonawców,

7. przepisu art. 91 ust. 1 ustawy poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i błędne przyjęcie, że oferta Elektrociepłowni Andrychów Sp. z o. o. stanowi ofertę najkorzystniejszą, podczas gdy z przeprowadzonego postępowania wynika, że ofertą taką jest oferta odwołującego.

Wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Elektrociepłowni Andrychów Sp. z o. o. jako najkorzystniejszej spośród ofert złożonych w postępowaniu,

2. powtórzenia czynności oceny ofert i w konsekwencji:

a) wykluczenia Elektrociepłowni Andrychów Sp. z o. o. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy i tym samym uznania oferty ww. wykonawcy - na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy - za odrzuconą, jak również odrzucenia oferty Elektrociepłowni Andrychów sp. z o. o. jako stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jak również niezgodnej z ustawą oraz wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej spośród ofert złożonych w postępowaniu,

b) ewentualnie, w razie uznania iż Elektrociepłownia Andrychów Sp. z o. o. nie powinna podlegać wykluczeniu z postępowania, a jej oferta nie powinna podlegać odrzuceniu z przyczyn wskazanych w lit. a powyżej, wezwania Elektrociepłowni Andrychów Sp. z o. o. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy oraz art. 87 ust. 1 ustawy.

Nadto, wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,

2. przeprowadzenie dowodu z całości dokumentacji postępowania oraz dokumentacji stanowiącej załączniki do odwołania na okoliczność ich treści,

3. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego w wysokości 3.600 zł i zwrotu kosztów dojazdu.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż spełnił warunki udziału w postępowaniu oraz złożył ofertę, która nie podlega i nie podlegała odrzuceniu, a w związku z niezgodnymi z przepisami ustawy czynnościami zamawiającego, może ponieść szkodę w postaci nieudzielenia mu zamówienia. Oferta odwołującego, a w szczególności cena oferty została skalkulowana z należytą starannością i z uwzględnieniem obowiązujących przepisów prawa i jako najkorzystniejsza, w stosunku do pozostałych ofert w postępowaniu, winna zostać wybrana przez zamawiającego, który jednakże naruszył przepisy ustawy i nie wybrał oferty odwołującego. W przypadku uwzględnienia zarzutów podniesionych w niniejszym odwołaniu i odrzuceniu oferty Elektrociepłowni Andrychów Sp. z o. o., najkorzystniejszą będzie oferta odwołującego, gdyż nie podlegała ona odrzuceniu. Odwołujący może zatem ponieść szkodę, wynikającą z uniemożliwienia mu uzyskania i wykonania przedmiotowego zamówienia w związku z naruszeniem przez zamawiającego ustawy, a co za tym idzie ma interes we wniesieniu odwołania.

W dniu 28 sierpnia 2015r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego w terminie ustawowym z art. 185 ust. 2 ustawy nikt nie przystąpił.

W dniu 3 września 2015r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie oświadczając, że uwzględni w całości zarzuty odwołania.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Izba nie stwierdziła zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym, pod warunkiem, że po stronie zamawiającego nie przystąpił skutecznie żaden wykonawca. W takim wypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Jak ustalono wyżej, w prowadzonym postępowaniu odwoławczym zgłoszenie przystąpienia po stronie zamawiającego nie nastąpiło.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowań odwoławczych.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia, zatem koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczonego przez odwołujących na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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:** .....

**Członkowie:** .....

.....