

**Sygn. akt: KIO 2186/16**

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 2 grudnia 2016 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz**

po rozpoznaniu w dniu 2 grudnia 2016 r. w Warszawie, na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 listopada 2016 r. przez wykonawcę Findom Co. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zabrzu

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Akademię Teatralną im. Aleksandra Zelwerowicza w Warszawie

**postanawia:**

1. Umarza postępowanie odwoławcze.
2. Nakazuje Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Findom Co. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zabrzu kwoty 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącą uiszczony wpis od odwołania.

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 Warszawie.

**Przewodniczący:**

## **U z a s a d n i e n i e**

Zamawiający – Akademię Teatralną im. Aleksandra Zelwerowicza w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Dostawa i montaż foteli teatralnych wraz z pracami towarzyszącymi w sali widowiskowej Teatru Collegium Nobilium Akademii Teatralnej w Warszawie.*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 października 2016 roku pod numerem 325633.

Zgodnie z pismem z dnia 24 listopada 2016 roku przesłanym w tym samym dniu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej Zamawiający wskazał, że szacunkowa wartość zamówienia wynosi 149 000,00 zł netto co stanowi równowartość 35 689, 48 euro.

W dniu 21 listopada 2016 r. wykonawca Findom Co. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zabrze wniósł odwołanie działając na podstawie przepisu art. 180 ust 1. ust 2. pkt. 4, art. 93 ust. 1 pkt 1. w związku z art. 179 ust. I. ustawy Prawo Zamówień Publicznych (dalej „Ustawa”) wobec odrzucenia jego oferty i unieważnieniu postępowania, nie przywróceniu oferty Odwołującego, dokonaniu ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty i wybraniu oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał następujące zarzuty wobec zaskarżanej czynności zamawiającego : art. 7 ust 1, art.89. ust. 1 pkt 2 , art. 93 ust. 1pkt 1 ustawy.

Odwołujący wskazał następujące żądanie odwołującego co do rozstrzygnięcia odwołania: w związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu przywrócenie oferty Odwołującego, anulowanie decyzji o unieważnieniu postępowania dokonanie ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty, wybranie oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Wskazanie interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia Odwołujący oświadczył, że ma interes w złożeniu odwołania, gdyż jego oferta w świetle uzasadnienia powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Odwołujący otrzymał informację o odrzuceniu jego oferty i unieważnieniu postępowania mailem w dniu 16 listopada 2016 roku o godz. 15:44 ze skrzynki email [international@at.edu.pl](mailto:international@at.edu.pl).

W uzasadnieniu wniesionego odwołania Odwołujący argumentował:

Zamawiający na swojej stronie internetowej <https://akademia.at.edu.pl/> umieścił ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu publicznym wraz ze specyfikacją istotnych warunków

zamówienia (dalej: SIWZ) w dniu 18 października 2016 roku . W szczegółach zamówienia w części 3 SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia w pkt. 2 ppkt i, Zamawiający zamieścił informację, że szerokość osiowa fotela ma wynosić 50 cm, wysokość fotela rozłożonego (gdy siedzi w nim widz) 95-98 cm, głębokość max. 40 cm.

W dniu 16 listopada 2016r. mailem Odwołujący otrzymał informację o odrzuceniu jego oferty i unieważnieniu postępowania. W związku z tym, że Odwołujący nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego w tym samym dniu wystosował do Zamawiającego maila informując go o tym, że nie zgadza się z odrzuceniem jego oferty i jednocześnie poprosił o przesłanie dokumentacji z wykonanych przez Zamawiającego pomiarów zaproponowanego przez Odwołującego modelu fotela (załącznik nr 2 do odwołania) - Zamawiający nie ustosunkował się do otrzymanego pisma. Odwołujący zatem wniósł odwołanie i wnioskował jak w petitum.

Zamawiający w piśmie z dnia 29 listopada 2016 roku, przesłanym w tym samym dniu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie faxu i w oryginale wskazał, co następuje:

Zamawiający w odniesieniu do zarzutów przedstawionych w odwołaniu z dnia 18 listopada 2016 roku wniesionym przez wykonawcę Findom Co. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zabrze w przedmiotowym postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego wniósł o: oddalenie odwołania oraz obciążenie kosztami postępowania odwoławczego wykonawcę wnoszącego odwołanie w tym zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Zamawiający w uzasadnieniu wskazał, że Odwołujący w dniu 18 listopada 2016 roku wniósł odwołanie „wobec odrzucenia oferty Odwołującego i unieważnienia postępowania, nie przywróceniu oferty Odwołującego, dokonaniu ponownego wyboru oferty Odwołującego i wybraniu oferty firmy Findom jako najkorzystniejszej.”

Odwołujący wniósł o: nakazanie Zamawiającemu przywrócenie oferty firmy Findom, anulowanie decyzji o unieważnieniu postępowania, dokonanie ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty, wybranie oferty firmy Findom jako najkorzystniejszej.

Zamawiający wskazał, że w dniu 16 listopada 2016 roku po przeprowadzeniu badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu dokonał odrzucenia ofert złożonych przez wykonawcę Chemtrol Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz przez wykonawcę Findom Co. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością uznając obie oferty jako niezgodne z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Zamawiający z uwagi na

nie złożenie oferty niepodlegającej odrzuceniu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy unieważnił postępowanie.

W dniu 18 listopada 2016 roku w wyniku zgłoszonych przez wykonawcę Findom Co. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością zastrzeżeń dotyczących dokonanych przez Zamawiającego pomiarów faktycznych oferowanego przez wykonawcę modelu fotela, Zamawiający unieważnił czynność podjętą w dniu 16 listopada 2016 roku o unieważnieniu postępowania. W dniu 18 listopada 2016 roku Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o anulowaniu decyzji o unieważnieniu postępowania przesyłając do wykonawców pismo oraz zamieszczając je na stronie internetowej Zamawiającego. Jednocześnie w tym piśmie Zamawiający wskazał, że podjęcie czynności badani i oceny ofert w dniu 21 listopada 2016 roku Zamawiający rozpoczął powtórnie badanie i ocenę ofert, czego następstwem było skierowanie do Odwołującego pisma w trybie art. 26 ust. 3 oraz 87 ust. 1 pkt 2 ustawy. Wobec powyższego zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy należy uznać jako bezzasadny, a roszczenie Odwołującego w zakresie anulowania decyzji o unieważnieniu postępowania oraz nakazanie Zamawiającemu przywrócenia oferty firmy Findom pozostaje nieaktualny i niezgodny z istniejącym stanem faktycznym.

Zamawiający oświadczył, że żądania podniesione w odwołaniu dotyczące: nakazania Zamawiającemu przywrócenia oferty firmy Findom, anulowania decyzji o unieważnieniu postępowania zostały uwzględnione w dniu 18 listopada 2016 roku przez dokonanie przez Zamawiającego czynności. Zamawiający oświadczył również: Uznać należy więc, że Zamawiający uwzględnił zarzuty podniesione przez Odwołującego o naruszenie 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Zamawiający wskazał, że nie uwzględnia żądania Odwołującego o dokonanie ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty oraz wyboru oferty firmy Findom Co. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością jako najkorzystniejszej, bowiem trwają czynności Zamawiającego polegające na ponownym badaniu i ocenie ofert złożonych w postępowaniu. Ponadto oferta Odwołującego nie została wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu, stąd też niemożliwe jest dokonanie jej ponownego wyboru jako oferty najkorzystniejszej. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie kosztów.

Zamawiający pismem z dnia 24 listopada 2016 roku (w aktach sprawy) przesłanym w tym samym dniu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej poinformował, że w dniu 24 listopada 2016 roku poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wniesieniu odwołania przez Findom Co. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością.

## **Izba zważyła:**

Na podstawie przesłanych do Izby pism, Izba ustaliła, że Zamawiający dokonał uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu a dotyczących unieważnienia postępowania oraz odrzucenia oferty Odwołującego i naruszenia zasad Prawa zamówień publicznych jakie były postawione w odwołaniu, a co w sposób jednoznaczny wynika z treści wyżej przytoczonego pisma. Izba wskazuje, że czym innym są zarzuty odwołania a czym innym są wnioski (żądania) stawiane przez Odwołującego.

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 między innymi wydaje postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego (§ 13 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 roku w sprawie *regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań*, tekst jednolity Dz. U. z 23 lipca 2014 roku poz.964). Zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy w przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron. Izba umarzając postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron na skutek uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów odwołania nie dokonuje oceny czynności, które ewentualnie w piśmie zawierającym oświadczenie o uwzględnieniu odwołania wskazywał Zamawiający tj. Izba nie ocenia czynności jakie wykonał, wykonuje bądź jakich zapowiada wykonanie Zamawiający w związku z uwzględnieniem zarzutów odwołania. Sposób wykonania czynności zgodnie z art. 186 ust. 2 zdanie drugie ustawy może podlegać ocenie w odrębnym postępowaniu odwoławczym.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu przez Izbę, że czynności Zamawiającego, których on dokonuje zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu wskutek uwzględnienia w całości zarzutów odwołania nie mogą być dokonywane w sposób, który byłby niezgodny z obowiązującymi przepisami prawa (porównaj: Informacja o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w 2012 roku). Zamawiający kierując się obowiązującymi przepisami dokonuje ponownej oceny zgodnie z wnioskami zawartymi w odwołaniu (porównaj: KIO z 23 listopada 2012 sygn. akt KIO 2450/12, KIO z dnia 18 września 2014 r. sygn. akt KIO 1798/14) ale w granicach obowiązującego prawa. Słusznie zauważył Zamawiający, że dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, jako żądanie postawione w odwołaniu jest niezasadne, bowiem w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia nie była dokonana

dotychczasowo czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, tym samym nie sposób dokonać jej ponownie. Niemniej w zakresie takiego żądania mieści się dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, jednakże pod warunkiem, że po przeprowadzeniu czynności przez Zamawiającego wybór takiej oferty najkorzystniejszej – ocena oferty Odwołującego i uznanie jej za najkorzystniejszą w postępowaniu - będzie możliwy zgodnie z obowiązującym prawem.

Izba dodaje również, że niemożliwe jest oddalenie zarzutów odwołania o jakie wnioskował Zamawiający w złożonym piśmie w sytuacji, gdy również w tym piśmie sam Zamawiający oświadczył, że Zamawiający zarzuty odwołania uwzględnił, jak również oświadczył Zamawiający, że podjął w postępowaniu kolejne czynności, czym materializuje złożone oświadczenie o uwzględnieniu odwołania.

Wobec ustalenia, że Zamawiający uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu oraz braku zgłoszenia do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego na dzień wydawania postanowienia, Izba uznała, że zaszły przesłanki do umorzenia postępowania odwoławczego zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy.

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 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 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:**