

POSTANOWIENIE
z dnia 8 lutego 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: członek Krajowej Izby Odwoławczej - **Barbara Bettman**

Protokolant: **Aneta Górniak**

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron w dniu **8 lutego 2016 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **25 stycznia 2016 r.** przez wykonawcę **M.S.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: **EMSKIEGO Technika Klimatyzacyjna M.S., ul. Malinowa 8 Opacz Kolonia, 05-819 Michałowice**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Teatr Narodowy, Pl. Teatralny 3, 00-077 Warszawa**, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawca:

A. ANDRA Sp. z o. o., ul. Pryzmaty 6/8, 02-226 Warszawa,

- wobec uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego,

orzeka:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze i znosi wzajemnie koszty postępowania odwoławczego między stronami.**
- 2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego M.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: EMSKIEGO Technika Klimatyzacyjna M.S., ul. Malinowa 8 Opacz Kolonia, 05-819 Michałowice kwoty 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) 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:

.....

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Wykonanie maszynowni chłodu w Teatrze Narodowym”, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego (Dz. Urz. UE Nr 2015/S 212 - 384812 z 31.10.2015), w dniu 25 stycznia 2016 r. zostało złożone odwołanie przez M.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: EMSKIEGO Technika Klimatyzacyjna M.S. z siedzibą w Michałowicach. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 180 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wniesienie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia wykonawców w dniu 21 stycznia 2016 r. drogą elektroniczną o wyniku przetargu, w tym o wykluczeniu odwołującego M.S. - EMSKIEGO Technika Klimatyzacyjna M.S. z postępowania, odrzuceniu złożonej oferty oraz o unieważnieniu postępowania w związku z brakiem ważnych ofert.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), dalej „ustawy Pzp,” tj.:

1. art. 24 ust. 2 pkt 1 oraz art. 7 Pzp poprzez nieuzasadnione wykluczenie odwołującego z postępowania, pomimo że nie zaistniały przestanki określone w tym przepisie, tj. po pierwsze wykonawca ten nie brał bezpośredniego udziału w przygotowaniu przedmiotowego postępowania, po drugie zaś udział wykonawcy w niniejszym postępowaniu w żaden sposób nie naruszył zasad uczciwej konkurencji,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego.

Wskazując na powyższe zarzuty, odwołujący żądał uwzględnienia odwołania w całości i nakazania zamawiającemu:

- 1) unieważnienia i powtórzenia czynności, w tym:
 - a) unieważnienia wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 1 Pzp,
 - b) unieważnienia odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp,
 - c) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w związku z brakiem ważnych ofert,
 - d) ponowienia czynności dokonania oceny ofert i wyboru oferty,
 - e) wybrania oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.
- 2) zasądzenia od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów uiszczanego wpisu w wysokości 15.000,00 zł. i kosztów wynagrodzenia

pełnomocnika w wysokości 3.600,00 zł oraz kosztów opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w wysokości 17,00zł.

Izba nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 26 stycznia 2016 r. pisemne zgłoszenie do postępowania odwoławczego, w kopii przekazane stronom, w dniu 29 stycznia 2016 r. złożył wykonawca: ANDRA Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie po stronie zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania jako niezasadnego. Zgłaszający przystąpienie podnosił, że zamawiający słusznie uznał, iż wykonawcę M.S. - EMSKIEGO Technika Klimatyzacyjna należy wykluczyć z postępowania. Jednocześnie zamawiający unieważnił postępowanie, czym stworzył potencjalną możliwość wszczęcia kolejnego postępowania. Celem przystępującego jest właśnie uzyskanie zamówienia w tym, lub w kolejnym postępowaniu, korzysta więc z przysługujących mu środków ochrony prawnej. Uwzględnienie danego odwołania - sygn. akt KIO 91/16, może zablokować uwzględnienie odwołania zgłaszającego przystąpienie - sygn. akt KIO 123/16, Tym samym uznał, że posiada interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego, polegający na możliwości uzyskania zamówienia publicznego w postępowaniu prowadzonym z poszanowaniem przepisów prawa, zwłaszcza ustawy Pzp.

Izba działając z urzędu, postanowiła nie dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcy ANDRA Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, gdyż przesłanki wymienione w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp nie zostały wykazane.

Zgodnie z art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego, stają się uczestnikami postępowania odwoławczego, jeżeli mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron.

Bezsporne pozostawało, że oferta wykonawcy ANDRA Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie w ustalonych kryteriach wyboru oferty jest korzystniejsza niż oferta odwołującego M.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą EMSKIEGO Technika Klimatyzacyjna M.S..

Zgłaszający przystąpienie ANDRA Sp. z o. o. zaskarżył czynność zamawiającego odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp własnej oferty, jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający uwzględnił odwołanie przystępującego w sprawie sygn. akt KIO 123/16. Do wymienionego postępowania odwoławczego nie zostały zgłoszone przystąpienia po stronie zamawiającego. Wykonawca ANDRA Sp. z o. o. jest zatem nadal uczestnikiem przedmiotowego postępowania przetargowego - nie ma więc interesu w rozstrzygnięciu przedmiotowego odwołania na korzyść zamawiającego. Rozstrzygnięcie niniejszego odwołania pozostaje bowiem bez wpływu na sytuację wykonawcy ANDRA Sp. z o. o., którego interes sprowadza się do obrony własnej oferty, będącej najkorzystniejszą w ustalonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia kryteriach oceny. Bezsporne pozostawało, że żaden inny wykonawca uczestniczący w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia, poza odwołującym oraz zgłaszającym przystąpienie ANDRA Sp. z o. o., nie zaskarżył czynności wyeliminowania go z przetargu.

Izba w ogólności nie podziela poglądów, że wykonawca, którego oferta została odrzucona może mieć interes w unieważnieniu prowadzonego postępowania. Interes wykonawcy w korzystaniu ze środków ochrony prawnej w postępowaniu odwoławczym zawsze musi być związany z danym postępowaniem przetargowym, w którym wykonawca uczestniczy.

Nie dopuszczenie przez Izbę wykonawcy ANDRA Sp. z o. o. do uczestnictwa w postępowaniu odwoławczym ma taki sam skutek, jak brak przystąpień po stronie zamawiającego, a zatem wykonawcy nie przysługuje sprzeciw, o którym mowa w art. 186 ust. 4 ustawy Pzp - wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

W dniu 1 lutego 2016 r. (dotyczy sygn. KIO 91/16) zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 25 stycznia 2016 r. podał: *„Uprzejmie informujemy, że Zamawiający - Teatr Narodowy uwzględni odwołanie firmy EMSKIEGO Technika Klimatyzacyjna M.S., ul. Malinowa 8 Opacz Kolonia, 05-819 Michałowice”.*

W dniu 3 lutego 2016 r. (dotyczy sygn. KIO 123/16) zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 29 stycznia 2016 r. podał: *„Uprzejmie informujemy, że Zamawiający - Teatr Narodowy uwzględni odwołanie firmy ANDRA Sp. z o.o., ul. Pryzmaty 6/8, 02-226 Warszawa”.*

Pełnomocnicy zamawiającego w trakcie posiedzenia Izby potwierdzili okoliczność uwzględnienia w całości wniesionych odwołań. Izba uznała stanowisko zamawiającego wynikające z odpowiedzi na odwołanie za oświadczenie woli uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Skuteczne skorzystanie przez którąkolwiek ze stron postępowania odwoławczego z przysługującej jej tzw. czynności dyspozytywnej (uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, cofnięcia odwołania przez odwołującego) - powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozstrzygnięcia zarzutów odwołania.

Przepis art. 186 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron i uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili 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.

Wobec stwierdzenia, że zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie przystąpił skutecznie żaden wykonawca, Izba działając na podstawie art. 186 ust. 2 w związku z art. 192 ust. 1 zdanie 2 ustawy Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze, o czym orzekła postanowieniem.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba miała na uwadze okoliczność, że uwzględnienie w całości zarzutów odwołania nastąpiło przed otwarciem posiedzenia z udziałem stron, zatem z mocy art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp koszty znoszą się wzajemnie między stronami.

Jednocześnie Izba nakazała dokonanie na rzecz odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczanego 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:

.....

