

Sygn. akt: KIO 2448/16

## POSTANOWIENIE

z dnia 10 stycznia 2017 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

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

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu **10 stycznia 2017 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **27 grudnia 2016 r.** przez konsorcjum firm:

1. **ERA Sp. z o.o. (lider), ul. Katowicka 16 B, 41 - 500 Chorzów**
2. **Jantar 2 Sp. z o.o., ul. Zygmunta Augusta 71, 76 - 200 Słupsk**
3. **FOSA Sp. z o. o., ul. Katowicka 115 c, 41 - 500 Chorzów**
4. **Komes Sp. z o.o., Aleja Komisji Edukacji Narodowej 36, 02 - 797 Warszawa,**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **4 Wojskowy Oddział Gospodarczy, ul. Andersa 47, 44-121 Gliwice,**

zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie odwołującego - konsorcjum firm w składzie:

1. **DGP Security Partner Sp. z o.o. (lider), ul. Jesionowa 9a, 40 - 159 Katowice,**
2. **DGP Grupa Polska Sp. z o.o., ul. Najświętszej Marii Panny 5e, 59 - 220 Legnica,**
3. **Przedsiębiorstwo Usługowe GOS - ZEC Sp. z o.o., ul. Ostrowska 474 A, 61- 324 Poznań**

- wobec wycofania odwołania,

**orzeka:**

**1. Umarza postępowanie odwoławcze.**

**2. Nakazuje zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego - konsorcjum firm: 1.ERA Sp. z o.o. (lider), ul. Katowicka 16 B, 41 - 500 Chorzów; 2. Jantar 2 Sp. z o.o., ul. Zygmunta Augusta 71, 76 - 200 Słupsk; 3. FOSA Sp. z o. o., ul. Katowicka 115 c, 41 - 500 Chorzów; 4. Komes Sp. z o.o., Aleja Komisji Edukacji Narodowej 36, 02 - 797 Warszawa, kwoty 13 500,00 zł. (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), tytułem zwrotu 90% uiszczanego 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, poz. 831 i 996 oraz Dz. U. z 2016 r. poz. 1020 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

**Przewodniczący:**

.....

**Uzasadnienie:**

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie w przetargu nieograniczonego pn. „Ochrona fizyczna osób i mienia” Dz. Urz. UE 2016/S 209-378899 z 28.10.2016 r.), w dniu 27 grudnia 2016 r., zostało wniesione w formie elektronicznej odwołanie w zakresie części II zamówienia przez konsorcjum firm: 1. ERA Sp. z o.o. (lider) z siedzibą w Chorzowie, 2. Jantar 2 Sp. z o.o., 3. FOSA Sp. z o.o., 4. Komes Sp. z o.o., w kopii przekazane zamawiającemu w terminie określonym w art. 180 ust. 5 ustawy Pzp.

Wniesienie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia za pośrednictwem poczty elektronicznej w dniu 16 grudnia 2016 r. o wyniku przetargu, w tym o wyborze na część II zamówienia oferty konsorcjum firm: 1. DGP Security Partner Sp. z o.o. (lider) w Katowicach, DGP Grupa Polska Sp. z o.o. w Legnicy, Przedsiębiorstwo Usługowe GOS - ZEC Sp. z o.o. w Poznaniu.

Odwołanie dotyczy postępowania, które zostało wszczęte w dniu 28 października 2016 r. i mają do niego zastosowanie przepisy obowiązujące od daty wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020).

Ustalona wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Odwołanie zostało wniesione wobec czynności zamawiającego:

1. wadliwie przeprowadzonego etapu oceny i badania ofert złożonych w ramach części II ww. postępowania a w konsekwencji:

a) zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum firm w składzie: 1. DGP Security Partner Sp. z o.o. (lider), 2. DGP Grupa Polska Sp. z o.o., 3. Przedsiębiorstwo Usługowe GOS - ZEC Sp. z o.o. (zwanego konsorcjum DGP Security Partner Sp. z o.o.) z powodu błędu w obliczeniu ceny nie dającego się poprawić jako omyłka,

b) zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez ww. konsorcjum z powodu jej niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”), tj. oferującej wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób odmienny od wymagań określonych w SIWZ,

c) zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum DGP Security Partner Sp. z o.o., jako zawierającej rażąco niską cenę,

2) czynności uznania oferty złożonej przez konsorcjum DGP Security Partner Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej pomimo, iż powinna ona zostać odrzucona jako zawierająca błąd w

obliczeniu ceny, niezgodna z treścią SIWZ, oraz zawierająca rażąco niską cenę a tym samym nie powinna być oceniana według przyjętych kryteriów i w konsekwencji nie powinna zostać uznana za najkorzystniejszą.

Zaskarżonym czynnościami zamawiającego: 4 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Gliwicach odwołujący zarzucił naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, 831, 996 i z 2016 r., poz. 1020 ze zm.) „ustawy Pzp”, tj.:

1. art. 7 Pzp w związku z art. 87 Pzp i art. 91 ust. 1 Pzp poprzez porównanie w kryterium „cena” a następnie dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez skarżone konsorcjum, która z powodu jej niezgodności z przepisami nie mogła zostać oceniona w ramach przyjętego kryterium cena, a tym samym nie mogła zostać uznana za najkorzystniejszą
2. art. 7 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 6 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez skarżone konsorcjum, pomimo, iż zawiera błąd w obliczeniu ceny,
3. art. 7 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt.2 Pzp Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez skarżone konsorcjum, pomimo, iż jest niezgodna z treścią SIWZ,
4. art. 7 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt.4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez skarżone konsorcjum, pomimo, iż zawiera rażąco niską cenę.

W związku z powyższym odwołujący wnosił o uwzględnienie złożonego odwołania i:

- 1) Skierowanie do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej pytania prejudycjalnego w zakresie dopuszczalności w świetle obowiązujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, ustawy o finansach publicznych oraz ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych dokonania przez zamawiającego wyboru do realizacji zamówienia publicznego ze środków publicznych wykonawcy, który złożył ofertę z której wynika w połączeniu ze złożonymi na wezwanie zamawiającego wyjaśnieniami, iż nie oferuje on wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie oczekiwanym przez zamawiającego ale istotnie zmodyfikowanym (mniejszym), a więc wykonawcę, który złożył ofertę która zawiera błąd w obliczeniu ceny, jest sprzeczna z treścią SIWZ oraz zawiera rażąco niską cenę, czy też zamawiający jest zobowiązany a nie tylko uprawniony do wyeliminowania takiego wykonawcy z postępowania poprzez odrzucenie złożonej przez niego oferty,
- 2) zawieszenie postępowania odwoławczego do czasu zajęcia stanowiska przez TSUE,
- 3) nakazanie zamawiającemu odrzucenie oferty złożonej przez skarżone konsorcjum, jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny, sprzecznej z treścią SIWZ oraz zawierającej rażąco niską cenę oraz powtórzenia etapu oceny i badania oferty odwołującego; ewentualnie

4) wydanie orzeczenia o treści odpowiadającej wytycznym TSUE.

W dniu 9 stycznia 2016 r. umocowany pełnomocnik konsorcjum odwołującego - Prokurent - Dyrektor ds. Usług Ochrony mgr B. Ś. przesłała do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zawiadomienie następującej treści: *„Działając w imieniu w/w Odwołującego, na podstawie pełnomocnictwa znajdującego się w aktach postępowania odwoławczego niniejszym oświadczam, iż cofam odwołanie wniesione w dniu 27.12.2017 r.”*

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje.

Zachodziły przesłanki do ustalenia, że złożenie oświadczenia o wycofaniu odwołania nastąpiło ze skutkiem prawnym.

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. W takiej sytuacji rozpatrzenie sprawy przez Izbę ogranicza się do zbadania przesłanek formalnych umorzenia postępowania, bez możliwości oceny motywów, którymi kierowały się strony podejmując tego rodzaju czynności w zainicjowanym postępowaniu odwoławczym.

W tym stanie rzeczy, Izba stosownie do postanowień art. 187 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych umorzyła postępowanie odwoławcze.

Cofnięcie odwołania nastąpiło przed otwarciem rozprawy, zatem zachodziły podstawy do orzeczenia na rzecz odwołującego zwrotu z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 13 500,00 zł, jako 90% uiszczzonego wpisu od odwołania, zgodnie z treścią art. 187 ust. 8 zdanie 2 ustawy Pzp.

O umorzeniu postępowania orzeczono postanowieniem w oparciu o art. 192 ust. 1, zdanie 2 ustawy Pzp.

**Przewodniczący:**

.....