

POSTANOWIENIE
z dnia 14 czerwca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Członkowie: Agata Mikołajczyk

Aneta Młacka

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 14 czerwca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 maja 2017 r. przez wykonawcę: **W. T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą T.-B. Z. R.-B., (...)**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Rejonowy Zarząd Infrastruktury w G., (...)**

przy udziale:

1. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **B. D. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą B. U. O. B. D., (...); D. S.A., (...)** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego;
2. wykonawcy **A. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P. I. A. K., (...)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1) umarza postępowanie odwoławcze;

2) nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy: W. T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą T.-B. Z. R.-B., (...) kwoty **9 000 zł 00 gr** (słownie: dziewięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej 90% uiszczanego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, z późn. zm.) na postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Gdańsku**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Rejonowy Zarząd Infrastruktury w G. – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane: *1. Zadanie nr 13749 - budowa garażu dla 15 pojazdów oraz budowa wiaty dla 5 pojazdów w kompleksie wojskowym w R.; 2. Zadanie nr 13740 - budowa parku sprzętu technicznego na terenie kompleksu wojskowego w R.; 3. Zadanie nr 13757 - budowa kontenerowej stacji paliw w kompleksie wojskowym R.* Znak sprawy: 3/IV/2017 – na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawa Pzp”, „ustawa” lub „Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 28172-2017 z dnia 20 lutego 2017 r.

Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Odwołujący – W. T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą T.-B. Z. R.-B. z siedzibą w P. – wniósł odwołanie wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę A. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P. I. z siedzibą w L., zwany dalej wykonawcą A. K. lub wykonawca. Wskazał, że wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia, a jego oferta uznaniu za odrzuconą.

Zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy A. K., mimo że wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w rozdziale XI ust. 1 pkt 2 lit. b tiret pierwsze SIWZ;
2. art. 24 ust. 1 pkt 16 przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy A. K., mimo że wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, ewentualnie art. 24 ust. 1 pkt 17 przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy A. K., mimo że wykonawca w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
3. art. 91 ust. 1 w związku z art. 24 ust. 4 przez wybór najkorzystniejszej oferty podlegającej uznaniu za odrzuconą;

4. art. 7 ust. 3 przez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, a przez to udzielenie zamówienia wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy wykonawcy A. K., pomimo że złożona przez tego wykonawcę oferta powinna zostać uznana za odrzuconą, jako złożona przez wykonawcę, który winien zostać wykluczony z postępowania;
5. art. 7 ust. 1 przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy A. K., uznania za jego oferty za odrzuconą oraz wybór jako najkorzystniejszej oferty tego wykonawcy, a także przez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej;
6. art. 7 ust. 2 przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający bezstronności i obiektywizmu przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy A. K., uznania jego oferty za odrzuconą oraz wybór jako najkorzystniejszej oferty tego wykonawcy, a także przez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę A. K.,
3. nakazanie Zamawiającemu wykluczenia z postępowania wykonawcy A. K.,
4. dopuszczenie i przeprowadzenie na rozprawie wskazanych w odwołaniu dowodów,
5. orzeczenie o kosztach postępowania według norm przepisanych oraz z uwzględnieniem rachunków złożonych w toku postępowania odwoławczego.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: B. D. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą B. U. O. B. D. z siedzibą w P.; D. S.A. z siedzibą w P. zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego; oraz wykonawca A. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P. I. A. K. z siedzibą w L. zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego – wobec spełnienia wymagań ustawowych przystąpienia – stali się uczestnikami postępowania odwoławczego.

W dniu 12 czerwca 2017 r. zamawiający przesłał Krajowej Izbie Odwoławczej za pośrednictwem faksu informację, „(...) że *unieważnia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. firmy P. I. A. K., (...), z dnia 22.05.2017 r., w związku z odwołaniem wniesionym w dniu 29.05.2017 r., na czynność Zamawiającego, dotyczącą wyboru oferty*

najkorzystniejszej i dokona czynności ponownego badania ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia (...)”.

W dniu 14 czerwca 2017 r. (przed rozpoczęciem posiedzenia z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego) odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismo, w którym oświadczył, że cofa odwołanie wniesione w dniu 29 maja 2017 r. Jednocześnie wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego i zwrot 90% wpisu od odwołania na wskazany rachunek bankowy.

Krajowa Izba Odwoławcza na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego, w obecności jedynie uczestnika postępowania odwoławczego A. K., uznała, jak niżej.

Na skutek cofnięcia odwołania wystąpiły przesłanki do umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 187 ust. 8 ustawy Pzp (*Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze. Jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90% wpisu.*).

Cofnięcie odwołania jest nieograniczonym uprawnieniem odwołującego do czasu zamknięcia rozprawy. Skuteczne cofnięcie odwołania znosi wszelkie skutki prawne związane z jego wniesieniem.

W takim przypadku, Izba jest zobowiązana do umorzenia postępowania odwoławczego i orzeczenia o zwrocie odwołującemu 90% kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Cofnięcie odwołania nastąpiło przed otwarciem rozprawy (rozpoczęciem posiedzenia), zatem Izba umorzyła postępowanie odwoławcze na podstawie wskazanego art. 187 ust. 8 ustawy Pzp i nakazała dokonanie zwrotu odwołującemu 90% wpisu.

Na marginesie sprawy Izba wskazuje, że oświadczenie złożone przez uczestnika postępowania odwoławczego, wnioskującego o odrzucenie odwołania zgodnie z § 13 ust. 2 pkt 2 regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, na podstawie art. 181 (wł. 180) ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp z uzasadnieniem, że w postępowaniach o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy (poniżej progów unijnych), odwołanie przysługuje wyłącznie od wyboru oferty najkorzystniejszej, a tymczasem odwołanie wniesiono z powodu zaniechania zamawiającego wykluczenia uczestnika postępowania odwoławczego z postępowania o udzielenie zamówienia i zaniechania uznania jego oferty za odrzuconą – nie mogło zostać uwzględnione. Również nie mógł zostać uwzględniony sprzeciw uczestnika postępowania

odwoławczego wniesiony na podstawie doręczonego mu pisma zamawiającego z dnia 12.06.2017 r., z którego wynika, że zamawiający unieważnia czynność wyboru oferty najkorzystniejszej (uczestnika postępowania odwoławczego), w związku z odwołaniem wniesionym w dniu 29.05.2017 r. i dokona czynności ponownego badania ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Informacja zamawiającego przekazana Izbie w dniu 12 czerwca 2017 r. za pośrednictwem faksu o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej firmy P. I. A. K. z dnia 22.05.2017 r., w związku z odwołaniem wniesionym w dniu 29.05.2017 r. na czynność zamawiającego dotyczącą wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonaniu czynności ponownego badania ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia – nie stanowi odpowiedzi zamawiającego na odwołanie uwzględniającej w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu w rozumieniu ustawy Pzp, zarówno co do formy, jak i treści informacji. Przepis art. 186 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający może wnieść odpowiedź na odwołanie. Odpowiedź na odwołanie wnosi się w formie pisemnej lub ustnie do protokołu. Oświadczenie zamawiającego o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu ma charakter stanowczy i jednoznaczny, wskazujący uwzględnienie zarzutów w całości ze skutkami wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu – co nie wynika z informacji przekazanej za pośrednictwem faksu.

Ponadto, Izba wskazuje, że nawet skuteczne uwzględnienie przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu i skuteczne wniesienie sprzeciwu przez wykonawcę zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, nie stanowi podstawy do merytorycznego rozpoznania odwołania, w przypadku skutecznego cofnięcia odwołania przez odwołującego zgodnie z art. 187 ust. 8 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła zgodnie z art. 192 ust. 9 i 10 z uwzględnieniem art. 187 ust. 8 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 3 lit. a 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, z późn.), nakazując dokonanie zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu 90% kwoty uiszczonej tytułem wpisu (9 000 zł).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....